This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

WIDENER LIBRARY
HX GFDQ Y

AH 7203.141

Harvard College Library

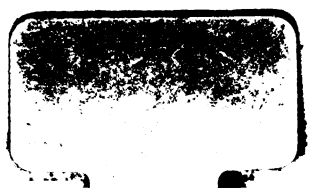
FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 22 May, 1890.



Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

Geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Nach des Verfassers Tode fortgesetzt

von

D. Christian Friedrich Mühlenbruch

Geheimen Justizrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Georg-Augustus Universität in Göttingen, Ritter des rothen Adler-Ordens dritter Klasse.

Neun und dreißigster Theil.

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1837.

~~VI.9255~~

4H 7203.14

...ard College Library,
22 May, 1890.
From the Library of
PROF. E. W. ...

Fortsetzung des Titels:

De injusto, rupto irrito facto testamento.

§. 1432.

2) Ruption des Testaments durch Agnation eines Postumus.

Bisher (in den §§. 1428—1431.) war von der Ruption eines Testaments durch den geänderten Willen des Testirers die Rede; jetzt folgt in der Ordnung des Systems die Lehre von der Ruption durch postumi agnatio, oder wie man auch wohl sagt, von dem testamentum praesumtive ruptum [1]). Indessen sind alle wesentlich zu dieser Lehre gehörigen Sätze bereits bei Gelegenheit anderer Untersuchungen ausführlich erörtert worden, so daß hier nur noch die Frage übrig bleibt: ob und inwieferne man auch von einer Ruption des Testaments durch andere Notherben, als durch postumi sui sprechen könne? Des Zusammenhangs wegen soll aber vorher Dasjenige, was zunächst und eigentlich hieher gehören würde, kürzlich zusammengestellt werden.

Also:

1) Das Testament wird rumpirt, so oft ein darin nicht gehörig berücksichtigtes Individuum zu dem Testirer

1) S. gegen diese Benennung den Eingang zum §. 1428, Bd. 38. des Comment. S. 168.

in ein ſolches Verhältniß tritt, wodurch er deſſen suus heres wird, oder geweſen ſeyn würde, wäre er nicht erſt nach dem Tode des Erblaſſers geboren, in welchem letzteren Falle er jedoch beim Leben deſſelben ſchon concipirt ſeyn muß [2]).

2) Die Folgen dieſer Ruption ſind die nämlichen, wie die der Präterition eines zur Zeit der Teſtamentserrichtung ſchon vorhandenen suus heres, alſo (abgeſehen von dem Recht der Novelle 115) gänzliche Zerſtörung des Teſtaments [3]). Durch die Codizillarclauſel kann dies auch nicht abgewendet werden [4]), jedoch iſt die Ruption unwirkſam, wenn der Poſtumus noch vor dem Tode des Teſtirers wieder weggefallen iſt, indem alsdann der eingeſetzte Erbe eine secundum tabulas B. P. erhält [5]), was nicht der Fall iſt, wenn ein bereits vorhandener suus heres präterirt wird [6]). Irrthümliche Präterition des Poſthumus konnte keine anderen Folgen haben, wie die des vorhandenen suus, da die Ruption des Teſtaments durch einen präterirten Poſtumus auf demſelben Grunde beruht, wie die durch Präterition eines filius suus bewirkte Nullität [7]).

2) L. 3. pr. u. §. 3. *D. h. t.* — §. 1. *D. quib. mod. test. infirm.* Vgl. mit Gaji inst. II. §. 138. — 143. — Ueberhaupt aber ſ. über das Aufkommen dieſes Grundſatzes, ſo wie über die verſchiedenen Arten der Agnation von Poſtumen und die Möglichkeit, ſie im Teſtamente gehörig zu berückſichtigen Bd. 36. des Comment. S. 151 — 299.

3) L. 1. in f. C. *de post. heredib. instit.* (VI. 29.) — „Ex rupto testamento nihil deberi, neque peti posse, explorati juris est.“ L. 15. in f. *D. h. t.*

4) S. Bd. 37. d. Comment. S. 368 fgg. Nr. 7.

5) L. 12. pr. *D. h. t.* — S. Bd. 36. d. Comment. S. 347 fg.

6) Bd. 36. d. Comment. S. 317 — 319.

7) Bd. 37. d. Comment. S. 352 fgg. Nr. 2.

Das besondere Recht der irrthümlichen Präterition eines Notherben nun, wonach dieser an die Stelle des eingesetzten Erben tritt, mit der Verbindlichkeit, die testamentarischen Auflagen anzuerkennen und zu erfüllen [8]), bezieht sich nur auf solche Fälle, in welchen förmliches Notherbenrecht überall nicht verletzt war, mithin nur die inofficiosi querela begründet seyn würde [9]). Hieraus folgt denn, daß auch bei irrthümlicher Uebergehung des Postumus das Testament, allen seinen Bestimmungen nach, wegfallen müsse, wenigstens nach dem Rechte, wie es bis auf die Novelle 115 bestand [10]).

3) Die Nov. 115 erwähnt bekanntlich des Postumus ausdrücklich gar nicht. Da aber überhaupt die Postumen nur wesentlich gleiches Recht mit anderen Notherben, nicht mehr Recht wie diese hatten, so fordert die Consequenz, das Recht der Novelle 115 auch auf präterirte Postumen anzuwenden, folglich nur die Erbeseinsetzung nicht bestehen zu lassen [11]). Allerdings wird meistens das Gegentheil angenommen [12]), auch in den deutschen Gesetzen, welche zur Zeit der Herrschaft des röm. Rechts entstanden sind [13]). Allein schwerlich liegt dabei eine genaue und umsichtige Erwägung der Sache zu Grunde; wo

8) L. 3. C. *de inoff. test.* (III. 28.). Vgl. L. 28. D. *eod.* (V. 2.) u. L. 92 D. *de heredib. instit.* (XXVIII. 5.).

9) Vgl. Bd. 35. des Comment. S. 387—390. und Bd. 37. S. 350 fg.

10) Vgl. Bd. 36. des Comment. S. 151 fg. u. Francke Notherbenrecht S. 89. gegen das Ende.

11) Bd. 37. des Comment. S. 352 fgg. Nr. 2.

12) Bd. 37. a. a. O. Note 96.

13) Bd. 36. d. Comment. S. 18. Note 37. u. S. 41 fg.

dieſe vorausgeht, wird man nothwendig zu dem hier angenommenen Reſultate kommen müſſen. Da nun, wie bereits bei anderer Gelegenheit entwickelt wurde [14]), nach dem Geiſte der Novelle 115 die irrthümliche Uebergehung eines ſchon vorhandenen suus heres nur Ungiltigkeit der Erbeseinſetzung zur Folge haben kann, ſo darf jetzt auch keine andere Wirkung angenommen werden, wenn der durch Irrthum übergangene suus ein Poſtumus iſt [15]).

Was nun die oben aufgeworfene Frage anbetrifft: wird ein Teſtament auch durch andere Notherben, als durch sui heredes rumpirt, und inwiefern kann hier von einer Ruption die Rede ſeyn? ſo bedarf es wohl kaum einer Bemerkung darüber, daß der Ausdruck Ruption keineswegs paſſend iſt, ſoferne darunter eine ipso jure eintretende Zerſtörung des Teſtaments verſtanden wird; denn für andere Notherben war nur eine Reſciſſion des Teſtaments durch contra tabulas B. P. oder inofficiosi querela möglich, ja es wurde jener Ausdruck für Fälle dieſer Art überall nicht gebraucht [16]). Dagegen iſt gewiß, daß beide Rechtsmittel auch für diejenigen Statt fanden, welche erſt nach errichtetem Teſtamente in das Verhältniß zu dem Teſtirer treten, wodurch ſie begründet werden. So hatten die contra tabulas B. P. wider das Teſtament des Grosvaters die Enkel, welche ein emancipirter oder in Adoption gegebener Sohn erzeugt hat [17]). So iſt ferner anerkannt, daß gegen das Teſtament einer Mutter

14) Bd. 37. d. Comm. S. 351 fg.

15) Ebendaſ. S. 355.

16) Vgl. Theophilus paraphr. ad §. 5. I. *quib. mod. test. infirm.* in f.

17) L. 6. pr. u. §. 4. D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII, 4.).

dem erst später gebornen Kinde die inoff. quer. zustehe [18]), auch kein Grund vorhanden, dies auf das mütterliche Testament und überhaupt auf Descendenten zu beschränken.

Man läßt sich gewöhnlich auf unsere Frage überall nicht ein. Diejenigen, welche es thun, bejahen dieselbe, nennen aber ausser Descendenten nur noch die Ascendenten [19]). Daß auch diese nach errichtetem Testamente zu dem Erblasser noch in ein solches Verhältniß kommen können, wodurch sie zum Gebrauche eines Inpugnativmittels gegen das Testament berechtigt werden, läßt sich sehr leicht zeigen; z. B. der Testirer hat einen Sohn und eine Mutter, setzt mit Uebergehung der letzteren den ersteren ein, welcher aber vor dem Erblasser mit Tode abgeht. Eben so wenig ist zu bezweifeln, daß in einem solchen Falle die Mutter das Testament anzufechten berechtigt sei, lediglich also der Ausdruck: rumpiren ist es, welcher als nicht quellenmäßig zu verwerfen seyn möchte. Aber warum nennt man hier nicht auch die Geschwister? Z. B. nach Errichtung des Testaments, in welchem turpes personae eingesetzt sind, stirbt die Mutter, und es finden sich nur agnatische Geschwister als nächste Inte-

18) L. 3. C. *de inoff. test.* — S. Bd. 35. d. Comment. S. 387 fg.

19) *Sam.* Sbyk cautel. testam. Cap. 24. §. 8. in f. (Er schlägt daher folgende Einsetzungsformel vor, um die Ruption des Testaments durch Ascendenten zu vermeiden: „Sollte aber bei meinem Absterben Niemand von meinen Kindern und Kindes-Kindern am Leben seyn, so will ich auf solchen Fall meine Eltern zu Erben eingesetzet und benennet haben"). A. D. Weber Erläut. der Pand. nach Hellfeld zu diesem §. (Bd. 2. S. 233.), und zu Höpfner §. 517. Note 1.

ſtaterben. Warum ſollen dieſe in einem ſolchen Falle nicht zur Querel gelaſſen werden? Weil etwa der Teſtirer zur Zeit der Teſtamentserrichtung keine liebloſe Geſinnung wider ſie an den Tag gelegt hat? Darauf kommt es nicht an; die Querel iſt allemal begründet, wenn der Notherbe ſich zur Zeit des Anfalls der Erbſchaft nicht gehörig berückſichtigt findet, und auch für Geſchwiſter iſt das Recht der Querel nicht von einer zur Zeit der Teſtamentserrichtung wider ſie bewieſenen Liebloſigkeit abhängig gemacht, ſondern lediglich davon, daß ohne ſie zu berückſichtigen, eine turpis persona eingeſetzt iſt [20]).

Das Recht der Nov. 115 nun hat hierin auch weſentlich nichts geändert; nur die **inofficiosi querela** findet für Deſcendenten und Aſcendenten nicht weiter Statt, ſondern wer zur Zeit des Anfalls der nächſte iſt, tritt jetzt an die Stelle der eingeſetzten Erben [21]); Geſchwiſter aber haben nach wie vor die Querel [22]).

Kennt ein Particularrecht noch andere eigentlich pflichttheilsberechtigte Perſonen [23]), ſo müſſen dieſe ebenfalls ein Impugnationsrecht des Teſtaments ſo gut alsdann haben, wenn dies Verhältniß erſt nach errichtetem Teſtamente eingetreten iſt, wie wenn es bei Errichtung deſſelben ſchon vorhanden war. Merkwürdig iſt aber die Anwendung der Grundſätze vom testamentum ruptum auf künftige Ehegenoſſen der Teſtirer in der Frankfurter Reformation. Eigentliche Notherbenrechte ſind den Ehegatten ihrer ſtatutariſchen Portion halber

20) L. 27. C. *de inoff. test.*

21) Bd. 37. des Comment. S. 259.

22) Ebendaſ. §. 1425 d. S. 374 fgg.

23) Bd. 38. des Comment. S. 29 fg. Note 54—56.

nicht beigelegt, sondern das Gesetz nennt als solche nur Personen in auf- und absteigender Linie [24]). Dennoch aber findet sich die Bestimmung, daß die Eingehung einer Ehe ein ohne Wissen und Willen des künftigen Ehegatten vorher errichtetes Testament rumpiren solle, falls nicht der Testirer den künftigen Ehegatten überlebt, oder dieser seine Zustimmung zu dem Testamente giebt, oder in den Eheverträgen über die Erbfolge der Ehegatten eine Verfügung getroffen ist [25]). Uebrigens wirkt diese Ruption vollständig, d. h. nicht blos in Beziehung auf die Erbeseinsetzung, oder für die Größe der portio statutaria, sondern es soll so angesehen werden, als ob überall kein Testament errichtet wäre, so daß sich denn bei diesem Rechte eine mehrfache Inconsequenz findet: einmal, insoferne überhaupt von Ruption des Testaments durch das Hinzukommen einer Person die Rede ist, welche nicht einmal Notherbenrechte hat [26]), sodann aber, weil diese Ruption mehr Wirkungen haben soll, als das Uebergehen

24) Frankf. Reform. Th. IV. Tit. III. §. 3. u. 5.

25) Frankf. Reform. Th. III. Tit. IV. §. 7. u. Th. IV. Tit. 9. §. 10. — *J. C.* Koch (resp. *W. C. L.* Moors) diss. de testamento per matrim. vel nullo vel rupto, ad reformationem Francofurtanam P. IV. Tit. IX. et P. III. Tit. IV. §. 7. Gissae 1773. 4.; besonders daſ. §. 16 fgg.

26) Gerade eine entgegengesetzte Inconsequenz findet sich in anderen Particularrechten, worin den Ehegatten eigentliches Pflichttheilsrecht beigelegt, dennoch aber geordnet ist, daß Präterition desselben dem Rechtsbestande des Testaments nicht schade, sondern die stat. Portion nur als Schuld gefordert werden dürfe. Bd. 38. S. 30 fg. Note 56. u. den dazu gehörigen Text.

eines zur Zeit der Testamentserrichtung schon vorhandenen Notherben. Hierbei liegt nämlich das Recht der Nov. 115 zu Grunde. Diese Inconsequenz hat darin ihren Grund, daß überhaupt die Reformation das Recht der Ruption durch agnatio postumi buchstäblich nach dem röm. Rechte bestimmte, so wie dies vor der Nov. 115 galt [27]).

§. 1433.

3) Vom testamentum irritum (factum).

Der Ausdruck testamentum irritum [28]) in unserem Sinne kommt in unseren Rechtsquellen nie ohne einen bestimmenden Zusatz vor, als: irritum fit, in irritum constituitur und auf ähnliche Art [29]). Wir haben darunter ein Testament zu verstehen, welches durch irgend eine capidis teminutio des Testirers, sei es eine maxima, oder media, oder minima, wirkungslos geworden ist. Ulpian [30])

27) Frankf. Reform. Th. IV. Tit. 3. §. 5. Vergl. mit §. 4. ebendas.

28) S. über die verschiedene Bedeutung dieses Ausdrucks Bd. 38. d. Comment. S. 124 fg. Note 79. Doch ist die im Texte erklärte auch die in unseren Rechtsquellen regelmäßig angenommene Bedeutung, und daher es schwerlich zu billigen, wenn H. Donellus (comm. de jure civ. Lib. VI. C. XVI. §. 21.) den Begriff auf folgende Art bestimmt: es sei darunter jedes an sich giltige, aber dennoch wirkungslose Testament zu verstehen, möge dieser Erfolg in der capitis deminutio des Testirers oder in dem Wegfallen der Erben („vel quia nolit heres esse, vel quia non possit") seinen Grund haben.

29) L. 1 pr. D. *h. t.* §. 5. I. *quib. mod. test. infirm.*

30) L. 6. §. 5. D. *h. t.*

erklärt sich hierüber in folgender Art: „Irritum fit testamentum, *quoties ipsi testatori aliquid contigit*; puta si civitatem amittat per subitam servitutem, ab hostibus verbi gratia captus, vel si major annis viginti venum se dari passus sit ad actum gerendum, pretiumve participandum.“

Die Worte „quoties ipsi testatori aliquid contigit“ ließen sich allenfalls so verstehen, daß jede den Testirer betreffende Unfähigkeit zum Testiren auch die früher giltig errichteten Testamente aufhebe. Daß dies aber nicht gemeint sei, läßt sich leicht zeigen. Auch Taubstumme, Wahnsinnige und Verschwender können nicht testiren, ihre im gesunden Zustande, oder vor eingetretener Prodigalitätserklärung errichteten Testamente aber bleiben bei Kräften [31]). Jene Aeußerung Ulpian's darf daher eben so wenig allgemein verstanden werden, wie eine andere desselben Juristen im entgegengesetzten Sinne. In der **L. 1. §. 9. D.** *de Bon. poss. sec. tab.* **(XXXVII, 11.)** heißt es nämlich: „Si quis testamentum fecerit, deinde amiserit testamenti factionem, vel furore, vel quod ei bonis interdictum est, potest ejus peti bonorum possessio, quia jure testamentum ejus valet; *et hoc generaliter de omnibus hujusmodi dicitur, qui amittant mortis tempore testamenti factionem;* sed ante factum eorum testamentum valet.“ Man könnte dies allenfalls darauf beziehen, daß hier die Möglichkeit gemeint sei, aus einem test. irritum factum eine secundum tabulas B. P. zu erhalten, wenn nämlich die Capitisdeminution wieder auf-

31) §. 1—3. I. *quib. mod. test. infirm.* L. 18 pr. L. 20. §. 4 d. qui *test. fac. poss.* (XXVIII. 1.).

gehoben ist [32]). Doch ist nicht anzunehmen, daß Ulpian diese durch besondere Voraussetzungen bedingte Wiederherstellung eines rescindirten Testaments gemeint habe, wenn er sagt: **ante factum eorum testamentum *valet.*** Ganz außer Zweifel aber ist, daß er damit nicht sagen wollte: es komme das Daseyn der Testamentsfähigkeit nur bei der Errichtung des Testaments in Betracht, das spätere Wegfallen derselben schade dem Rechtsbestande des Testaments nicht! In Ansehung der natürlichen Mängel der Testamentsfähigkeit (Wahnsinn u. s. w.) dagegen steht es fest, daß sie dem Testamente nur im Wege stehen, wenn sie bei dessen Errichtung vorhanden sind. Der Grund hievon ist der: Wahnsinn und andere Ursachen, welche die Handlungsfähigkeit physisch unmöglich machen, haben auf die Rechtsfähigkeit keinen Einfluß. Auch der Wahnsinnige ist an sich vollkommenes Subject von Rechten und Verbindlichkeiten, auch in Beziehung auf **civilia jura** [33]); **furor superveniens** hat daher zwar die Anordnung einer Vermögens-Administration zur Folge und vernichtet von selbst die Möglichkeit einer Vornahme rechtsgiltiger Handlungen, kann aber auf die Rechtsfähigkeit (die **persona**) keinen Ein-

32) So heißt es gerade in dieser Beziehung in den Institutionen: „**non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae, ab initio jure facta, propter capitis deminutionem irrita facta sunt;**“ §. 6. I. *quib. mod. test. infirm.*

33) L. 20 D. *de stat. hom.* „**Qui furere coepit, et statum, et dignitatem in qua fuit, et magistratum, et potestatem videtur retinere, sicut rei suae dominium retinet.**“ — L. 8 D. *de his qui sui vel alieni jur.* I, 6.

fluß haben, mithin auch ein zu Recht beſtändiges Geſchäft nicht aufheben. Die capitis deminutio dagegen zerſtört die bisherige juriſtiſche Rechtsfähigkeit, oder persona, des capite minutus; es kann daher ſeine künftige Succeſſion auch nicht durch ein Geſchäft beſtimmt werden, wobei die Fortdauer ſeiner früheren Perſönlichkeit als nothwendig vorausgeſetzt werden muß; denn es iſt eben die Perſon des Teſtirers, welche in ihren übertragbaren Rechtsverhältniſſen durch den Erben repräſentirt wird [34]).

34) Auf ähnliche Art erklärt Vinnius ad §. 1. I. *quib. non est permissum facere test.* Nr. 3. den Unterſchied, wenn er ſagt: „Si qua mutatio postea inciderit, per quam capite testator minuatur, puta si servus fiat, in insulam deportetur, si se adrogandum det, testamentum infirmatur atque irritum fit; et ratio manifesta est. Quippe his modis non tantum amittitur testamenti factio, sed etiam conditio personae testatoris sic mutatur, ut omnino testamentum habere non possit, ac nec heredem quidem. Furiosus vero et prodigus etsi testamentum facere non possunt, nihil tamen prohibet, quo minus heredem ex testamento antea facto habeant, et praecedens eorum voluntas exitum sortiatur.“ — Es iſt nur zu viel Gewicht darauf gelegt, daß ein capite minutus keinen heres haben könne, was überdies nicht einmal richtig iſt, indem ja ſelbſt ein Hausſohn über ſein castrense und quasi castrense peculium teſtiren darf, ein Emanzipirter aber durch die Befreiung von der väterlichen Gewalt gerade erſt die testamentifactio activa erhält. Ein früher von ihm rechtsgiltig, d. h. über ein freies Peculium, errichtetes Teſtament, wird auch rumpirt, nur bedarf es, wenn er Soldat iſt, keines eigentlich neuen Teſtamentsacts, da das Beharren bei der früheren Dispo-

Aber eine andere Frage ist: ob nicht in allen Fällen, wo die juristische Fähigkeit zu testiren wegfällt, Unwirksamkeit des vorher errichteten Testaments eintritt? Manche behaupten dies [35]), und gewiß fehlt es dieser Behauptung auch nicht an Gründen; daß aber der letzte Wille eines **Prodigus** aufrecht erhalten wird, den derselbe vor der Prodigalitätserklärung errichtete [36]), darf dagegen nicht geltend gemacht werden, da bekanntlich das röm. Recht den Prodigus einem Wahnsinnigen vergleicht, und daher denn auch dessen Unfähigkeit zu testiren auf den Mangel der Willensfähigkeit gründet [37]). Dafür

sition der Errichtung eines neuen Testaments gleichsteht: L. 22 D. *de testamento militis* (XXIX. 1.) „Miles filiusfamilias, si capite minutus fuerit, vel emancipatus, vel in adoptionem datus a patre suo, testamentum ejus valet *quasi ex nova voluntate*.“ — Eben so wenig genau ist es, wenn H. Donellus (comment. de jure civ. Lib. VI. c. 16. §. 32.) den Grund des Unterschiedes darin setzt, daß die capitis deminuti kein Vermögen hätten, worüber sie testiren könnten; doch liegt bei ihm, wie bei Vinnius, im Wesentlichen die richtige Ansicht zu Grunde.

35) S. z. B. Schweppe röm. Privatrecht (Ausg. v. Meyer) Bd. V. §. 871. Nr. d. β; gestützt auf C. G. Hübner disput. jur. civ. (Lips.) cap. 2. p. 44 sqq.

36) §. 2. I. *quib. non est permiss. facere testamentum.* L. 18. pr. D. *qui test. fac. poss.*

37) L. 40. D. *de reg. jur.* „Furiosi, *vel ejus, cui bonis interdictum est, nulla voluntas est.*“ — Hiernach ist denn die Bestimmung der neununddreißigsten Nov. Leo's des Weisen ganz consequent, daß das Testament eines Verschwenders gelte, wenn es verständig abgefaßt ist. (Ueber die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung siehe

nun läßt ſich etwa Folgendes anführen: a) Die Rechtsregel: „quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur“ [38]). b) Es iſt nirgends in unſeren Quellen der Begriff des test. irritum factum ausſchließlich darein geſetzt, daß ein durch capitis deminutio des Teſtirers reſcindirtes Teſtament darunter verſtanden werde, ſondern bei Gajus und Juſtinian heißt es: „Alio quoque modo testamenta jure facta infirmantur, *velut* cum is, qui te-

Glück Bd. 33. des Comment. §. 1404 c. S. 383 fgg. und A. A. F. Rudorff das Recht der Vormundſchaft, aus den gemeinen in Deutſchland geltenden Rechten entwickelt, Bd. I. §. 17. S. 139. Nr. 3.). — Allerdings kann die cura prodigi überhaupt, hinſichtlich der Handlungsfähigkeit des Curanden nicht völlig gleiche Wirkungen mit der c. furiosi äußern (ſ. z. B. L. 5. §. 1. D. *de acq. v. om. her.* XXIX, 2. „Eum, cui bonis interdicitur, heredem institutum posse adire hereditatem constat;“ vgl. Rudorff a. a. O. S. 140. Nr. 4.). Auch wird der Verluſt der Teſtamentifactio damit in Verbindung geſetzt, daß ihm das commercium entzogen iſt (Ulp. Fr. XX. 13. — — „quoniam commercium illi interdictum est.“ S. den 33ſten Band des Comment. S. 378 fgg.). Allein durch dieſe Interdiction wurde eigentlich nur auf juriſtiſchem Wege vermittelt, was ſich bei dem furiosus von ſelbſt verſtand, und jedenfalls genügt es, daß hier als Fundamentalprinzip die Gleichſtellung des prodigus und des furiosus ausgeſprochen iſt, um die Argumentation von der Giltigkeit eines vor der Prodigalitätserklärung errichteten Teſtaments auf die Teſtamente der, aus juriſtiſchen Gründen für unfähig erklärten Erblaſſer zu verwerfen.

38) L. 3. §. 2. D. *de his, quae pro non scr. hab.* (XXXIV. 8.).

stamentum fecerit, capite deminutus sit“ [39]), und noch unbestimmter sagt Ulpian: „Irritum fit testamentum, *quoties* ipsi testatori *aliquid contigit*“[40]).— Indessen der erste Grund will hier offenbar gar nichts sagen; gerade jene Regel beweist, zu welchen Widersprüchen es meistens führt, wenn man dergleichen Aeußerungen in unbedingter Allgemeinheit versteht, indem alsdann ja auch das Testament eines Wahnsinnigen, welches dieser in gesundem Zustande errichtet hat, nicht würde bestehen können. Nicht mehr Ueberzeugung gewährt der zweite Grund. Daß die Alten sich der Partikel veluti öfter bedienen, wo die angeführten Beispiele den zu erklärenden Begriff vollkommen erschöpfen, ist bekannt [41]); weshalb man denn vielfältig diesen Ausdruck auch durch nämlich übersetzen kann [42]). Wann dies der Fall sei? muß aus den Gesammtüberlieferungen der Quellen über den Begriff bestimmt werden, und da frägt es sich denn zunächst: ob irgendwo in den Quellen des Röm. Rechts der Begriff eines testamentum irritum factum in einer weiteren Beziehung, als der oben gedachten, anerkannt sei? Dies aber darf wohl ohne alles Bedenken verneint werden. Denn wenn Ulpian den obigen Bestimmungen hinzufügt [43]): „Sed et si quis fuerit capite damnatus, vel ad bestias, vel ad gladium, vel

39) Gaji inst. II. §. 145. — §. 4. I. *quib. mod. test. infirm.*

40) L. 6. §. 5 D. *h. t.*

41) S. z. B. Gaji inst. II. §. 78 u. 156.

42) Vgl. *Laur.* Vallae elegantiar. Lib. II. c. XXVI.

43) L. 6. §. 6 D. *h. t.*

vel alia poena, quae vitam adimit, testamentum ejus irritum fiet“ — ſo erklärt er dies ſelbſt durch die Worte: „nam poenae servus efficitur,“ alſo: eine ſolche Verurtheilung begründete eine poenae servitus, mithin eine cap. diminutio magna [44]). Zwar findet dieſe nämliche Wirkung Statt, wenn der Angeklagte ſich aus Furcht vor der Strafe noch vor der eingetretenen capitis diminutio (d. h. vor rechtskräftigem Erkenntniſſe) entleibt [45]); allein dies iſt ja lediglich eine Folge davon, daß angenommen wird, der Selbſtmörder erkläre ſich ſelber für ſchuldig, ſei mithin für rechtskräftig verurtheilt zu halten [46]). Mit eben ſo wenig Recht beruft

44) Vgl. hierüber Bd. 34. d. Comment. §. 1407. S. 65 fgg. (Nr. 5.) und die daſelbſt angef. Schr., denen noch beizufügen ſind: A. v. Buchholz jur. Abhandl. (Königsb. 1833.) Nr. V. u. Wächter im Arch. für civ. Praxis. Bd. XVII. Abh. XVII.

45) L. 6. §. 7 D. *h. t.* L. 3 pr. D. *de bonis eorum, qui ante sent. mort. sibi consciv.* (XLVIII. 21.). — S. hierüber Glück Bd. 34. d. Comment. S. 81 fgg.

46) L. 3 pr. D. *de bon. eor.* u. ſ. w. *verb.* „conscientiae metum in reo velut confesso teneri placuit.“ Glück a. a. O. S. 83 fg. Note 80. u. v. Buchholz a. a. O. S. 124. — Wegen mancher Verbrechen (namentlich wegen Majeſtätsverbrechen) konnte auch noch nach dem Tode des Verbrechers die Verurtheilung erfolgen; es wurde alsdann des Namens Gedächtniß getilgt, was denn begreiflich auch in Anſehung der vorhandenen Teſtamente die Wirkung der capitis diminutio magna haben mußte: L. 7. §. 11 D. *h. t.* „Sed ne eorum quidem testamenta rata sunt, sed irrita fient, quorum memoria post mortum damnata est, ut puta ex causa majestatis, vel alia tali causa.“

man ſich hier auf die L. 4. §. 5. C. *de haeret. et Manich.* (I. 3.), welche ſo lautet: „Ergo et suprema illius scriptura irrita ſit, sive testamento, sive codicillo, sive epistola, sive quolibet alio genere reliquerit voluntatem, qui Manichaeus fuisse convincitur.“ Die Mitglieder dieſer verrufenen Ketzerſecte waren nämlich ganz rechtlos [47]); man behandelte ſie ſogar wie Majeſtätsverbrecher, und vernichtete daher auch noch

47) Schon vor der chriſtlichen Kaiſerzeit galt es für ein todeswürdiges Verbrechen, zu den Anhängern des Mani zu gehören (ſ. die Conſtit. der K. Diocletian und Maximinian, als L. 1. Greg. Cod. *de maleficis et Manichaeis.* XIX. 4.; auch in der Mos. et Rom. LL. coll. Tit. XV. c. 3.). Die L. 4. Iust. Cod. aus dem J. 407. (es iſt dies die oben im Text angeführte) ſpricht die völlige Rechtloſigkeit der Manichäer mit klaren Worten aus. („Huic hominum generi nihil ex moribus, nihil ex legibus commune sit cum ceteris“ heißt es im Eingange; und darauf folgen die einzelnen Beſtimmungen, worunter ſich auch die findet, daß die Teſtamente der Manichäer irrita werden). Auch in einer Conſtitution aus d. J. 428. (L. 5. C. *eod.*) wird ihre Rechtloſigkeit, und daß ſie nirgends im Staate geduldet werden ſollen, ausgeſprochen; eben ſo in einer Conſtitution des K. Juſtinus (L. rest. 12 C. *eod.*). Daß nach einer reſtituirten Conſtit. Juſtinians (L. 15 C. *eod.* S. Heimbach in d. Zeitſchr. f. geſch. R. W. Bd. VIII. S. 93 fg.) die Manichäer ihr Vermögen ab intestato auf ihre rechtgläubigen Kinder vererben, enthält allerdings eine Beſchränkung des Confiscationsrechts, ändert aber im Weſentlichen an dem Rechtsverhältniſſe der Manichäer nichts, wie auch einige der folgenden Conſtitutionen (L. rest. 16. u. L. 21. C. *eod.*) beweiſen. — Vgl. noch v. Buchholz a. a. O. S. 118 fg. Note 27. 29. und die daſ. angeführten, die Manichäer betreffenden Schriften.

nach ihrem Tode ihr Andenken [48]). Wer sich also unter sie begab, der verlor nebst den übrigen Rechten auch die Civität, und so verstand es sich denn auch ganz von selbst, daß sein Testament irritum werde [49]).

Allerdings giebt es Stellen, welche die Meinung, daß durch juristische Unfähigkeitsgründe zu testiren das Testament stets irritum werde, mehr zu unterstützen geeignet sind. Welche Bedeutung indessen diese Stellen für unsere Frage nur haben können? soll weiter unten bestimmt werden. Zuvörderst müssen wir nämlich wieder davon ausgehen, daß die Unfähigkeit zum Testiren an sich kein Grund des irritum test. ist. Auch wurde oben schon bemerkt: der Grund, weshalb Wahnsinn und andere natürliche Behinderungen der Testamentsfähigkeit ein früher errichtetes Testament nicht unwirksam machen, sei darin zu suchen, daß dadurch die Persönlichkeit (oder bürgerliche Rechtsfähigkeit) nicht vernichtet werde, wie durch Capitisdeminution. Hierin darf nun aber wohl überhaupt das

48) L. 4. §. 4 C. *de haer. et Man.* „In mortem quoque inquisitio extendatur. Nam si in criminibus majestatis licet memoriam accusare defuncti, non immerito et hic debet subire tale judicium“ (Vgl. oben Note 46.).

49) Es ist sicher ein zu beschränkter Gesichtspunct, wenn von Buchholz die Testamentsunfähigkeit der zum Tode Verurtheilten, daraus erklärt, daß dieselben kein eignes Vermögen haben, worüber sie testiren könnten (a. a. O. S. 114—115.); vielmehr ist dies eine Folge ihrer capitis diminutio magna, wie dies auch von jeher angenommen ist, und wofür sich unter den Neueren auch erklären Puchta in dem System des gemeinen Civilrechts zu Pandektenvorlesungen S. 264. §. 22. Nr. 1. und Wächter a. a. O. S. 424 fg. Nr. 3 u. 4.

Prinzip dieses Rechts gesucht werden. Nirgends finden wir gesagt, oder angedeutet, daß es etwa die Folge einer zur Strafe eingetretenen Beraubung der Testamentsfähigkeit sei, — wie ja denn, nicht blos die minima, sondern auch manche Arten der magna capitis deminutio, keineswegs eine Strafverfügung voraussetzen; es erscheint dies Recht in unseren Quellen vielmehr als folgerechte Anwendung eines im jus civile gegründeten Begriffs, nicht aber einer rein positiven Vorschrift Allerdings muß zugegeben werden, daß, wenn Jemand der activen Testamentifaction zur Strafe beraubt wird, der Gesetzgeber dabei auch die Absicht haben kann, den bereits vorhandenen Testamenten ihre Wirkung zu entziehen; allein eines Theils versteht sich dies nicht so von selbst, wie die Wirkungslosigkeit eines Testaments, dessen Urheber Capitisdeminution erleidet, anderen Theils bringen die für Strafgesetze geltenden Interpretationsgrundsätze es mit sich, daß im Zweifel diese Folge nicht angenommen werde [50]). Eine buchstäbliche Bestimmung hierüber ist freilich nicht gerade nöthig, sobald sonst die Absicht des Gesetzgebers unzweifelhaft fest steht. So darf man wohl ohne Bedenken annehmen, daß die Strafbestimmung der Kaiser Arcadius und Honorius, wodurch dem, welcher incestuose Ehen eingeht, die Testamentifactio zum Theil entzogen ist [51]), auch auf die bereits errichteten Testamente zu beziehen sei; denn es heißt: ein solcher solle nur seinen legitimen Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandten durch Testament etwas hinterlassen

50) L. 42 D. *de poenis.* (XLVIII. 19.). L. 155. §. 2 D. *de reg. jur.*

51) L. 6. C. *de incest. nupt.* (V. 5.)

können („testamento suo extraneis nihil *derelinquat*"), und, er möge dieſe bedacht haben oder nicht, ſo ſollten ſie ihn oftmals mit Ausſchluß der ſonſt etwa von ihm Eingeſetzten beerben („sed, sive testato, sive intestato, legibus ei et jure succedant, — — — de descendentibus filius" u. ſ. w.). Hier alſo, wo ganz klar geſagt iſt: Niemand auſſer den genannten Perſonen, ſolle aus dem letzten Willen etwas erhalten, umfaßt der Ausdruck ganz unzweideutig alle und jede letztwillige Verfügungen des Teſtirers, es kann mithin darauf, zu welcher Zeit dieſelben errichtet ſind, auch nichts ankommen [52]). Und eben ſo ſind im canoniſchen Rechte Wucherer nicht blos für intestabiles erklärt, ſondern hier heißt es geradezu: „Testamenta quoque manifestorum usurariorum, aliter facta, non valeant, sed sint irrita ipso jure" [53]).

52) Durch die Beſtimmung der Nov. 12. c. 1., wornach das Vermögen deſſen, welcher incestas nuptias eingeht, ſofort an ſeine legitimen Deſcendenten, oder, wenn er dieſe nicht hat, an den Fiscus fallen, auch die Strafe der Deportation, für den Verbrecher eintreten ſoll, iſt nun auch dies Verbrechen den übrigen mit Capitalſtrafe bedroheten gleich geſtellt, mithin die Ungiltigkeit der vorhandenen Teſtamente eine bloße Folge der capitis diminutio magna. Wächter a. a. O. S. 435—437.

53) Cap. 2. §. 1. *de usur. in VIto* (V. 5.). — Der Ausdruck: testamenta *aliter facta* geht zwar nicht beſtimmt auf die früheren Teſtamente, ſondern es ſind überhaupt nur darunter die Teſtamente der Wucherer verſtanden, in welchen nicht die Reſtitution der Zinſen angeordnet iſt (Wächter a. a. O. S. 422.); indeſſen leidet es keinen Zweifel, daß auch die früher errichteten Teſtamente ungiltig ſeyn ſollen.

Diese Bestimmungen sind nun aber als für sich bestehende Strafverfügungen zu betrachten. Daß in ihnen eine allgemeine Regel nur angewandt sei, kann nach den obigen Bemerkungen nicht zugegeben werden. Erklärt also ein Strafgesetz Jemanden überhaupt nur für unfähig zur Testamentshandlung, so darf dies eben so wenig auf die von ihm bereits rechtsgiltig errichteten Testamente bezogen werden, als dies in Ansehung des Testaments eines Prodigus der Fall ist, welcher doch ebenfalls für intestabilis erklärt ist. Eine nicht unerhebliche Unterstützung erhält dies Resultat dadurch, daß Ulpian in der Stelle, wo er von der Intestabilität der Pasquillanten spricht, hieraus ausdrücklich nur die Folgerung zieht, daß dieselben weder ein Testament errichten, noch Testamentszeugen seyn dürfen: „Si quis ob carmen famosum damnetur, Senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit: *ergo* nec testamentum *facere poterit*, nec ad testamentum adhiberi testis.“ [54]). Es lag so außerordentlich nahe, hierbei zu sagen, daß auch die früheren Testamente nicht gelten sollten, wenn dies wirklich der Fall war, daß die Nichterwähnung dieser Folge kaum zu begreifen seyn würde, indem ja ausgemacht ist, daß die Unfähigkeit zu testiren nicht schon ohne Weiteres die bereits vorhandenen Testamente vernichtet.

In Folge des test. irritum factum nun fallen nicht blos die Erbeseinsetzungen, sondern auch alle übrigen Bestimmungen des Testaments weg, indem dieses jure civili als gar nicht vorhanden angesehen werden muß; daher können denn auch diejenigen Verfügungen nicht gelten, welche die Kinder des Testirers betreffen, als: die

54) L. 18. §. 1 D. *qui test. fac. poss.*

Pupillarsubstitution und Vormundschaftsernennungen. Indessen giebt es einen Fall der capitis diminutio magna, in welchem das Testament bei Kräften bleibt: wenn nämlich ein röm. Bürger in feindliche Gefangenschaft geräth und hier stirbt, so wird nach der fictio legis Corneliae angenommen, er sei in dem Augenblick der Gefangennahme, mithin noch als röm. Bürger verstorben, wovon denn die natürliche Folge ist, daß er aus seinem Testamente beerbt wird [55]). Uebrigens erstreckte sich diese Bestimmung auch auf die Intestaterbfolge, d. h. die Frage, auf wen die Intestaterbfolge deferirt sei, sollte nach dem Zeitpuncte der Gefangennahme bestimmt werden: L. 22 pr. D. *de captivis et de postliminio* (XLIX. 15. JULIANUS Lib. LXII. Dig.). „Bona eorum, qui in hostium potestatem pervenerint, atque ibi decesserint, sive testamentifactionem habuerint, sive non habuerint, ad eos pertinent, ad quos pertinerent, si in potestatem hostium non pervenissent; idemque jus in eadem causa omnium rerum jubetur esse lege Cornelia, quae futura esset, si hi, de quorum hereditatibus et tutelis constituebatur, in hostium potestatem non pervenissent.“ Daß hierüber eine eigne Lex Cornelia ergieng und dieser Rechtssatz nicht eine bloße Nebenbestimmung, oder wohl gar nur eine bloße Folge der

55) §. fin. in f. I. *quib. non est permiss. fac. test.* — L. 12 D. *qui test. fac. poss.* (JULIANUS Lib. XLII. Dig. „Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserunt, perinde confirmantur, ac si hi, qui ea fecissent, in hostium potestatem non pervenissent: et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet.“ — S. Bd. 34. d. Comment. §. 1407. S. 58.

Lex Cornelia de falsis war, wie Hugo annimmt [56], ergiebt sich nicht nur aus dieser Stelle, sondern auch aus anderen, sehr bestimmt redenden Quellenzeugnissen [57].

Ausserdem aber giebt es mehrere Fälle, in welchen das ungiltig gewordene Testament wieder auflebt, theils nach Civilrecht, theils nach prätorischem Recht. Nach dem ersteren durch das Postliminium, in Folge dessen einem röm. Bürger alle seine juristischen Verhältnisse restituirt werden [58]. Es ist nicht wahrscheinlich, daß auch dies Recht durch die Lex Cornelia geordnet sei, wie man gleichwohl häufig annimmt [59]. Das Recht des Postliminium ist ein uraltes [60], so daß schon die Juristen zur Zeit der freien Republik über die Herleitung des Namens nicht einig waren [61]; einmal anerkannt, bedurfte

56) Rechtsgesch. XI. Aufl. S. 713 fg.

57) S. oben Bd. 36. d. Comment. §. 1421 h. S. 237. N. 17.

58) L. 32. §. 1. D. *de heredib. inst.* L. 19 pr. D. *de captiv. et de postliminio* (XLIX. 15.).

59) Von den Neueren ist dieser Meinung zugethan *E.* Schrader in ed. corp. jur. ad §. fin. I. *quib. non est permiss. fac. test.* verb. *sive illic dec.* — — *ex L. Corn.* (p. 309. der größeren Ausg.) Vgl. auch dessen Note zu §. 5 I. *quib. mod. jus potest. solv.* V. *jus postliminii.*

60) L. 4. D. *de capt. et de postl.* „Eos, qui ab hostibus capiuntur, — — jure postliminii reverti *antiquitus placuit.*“ — Und in der L. 19 pr. D. *eod.* heißt es, das Postliminium sei „moribus — constitutum,“ und „naturali aequitate introductum.“ — Zimmern Rechtsgesch. Bd. I. Abth. 2. §. 195. S. 718.

61) *Cic.* Top. c. 8. — Vgl. die Note 13 zu Lib. I. Tit. VI. §. 2. Inst. Gaji bei Schulting in der jurisprud. vet.

es keiner gesetzlichen Bestimmung für die besonderen Fälle der Anwendung, sondern diese verstanden sich entweder ganz von selbst, oder sie wurden, wenn sie irgend complicirter Art waren, durch die Jurisprudenz vermittelt [62]). Auch beweisen die Stellen, worauf man sich wohl beruft, für jene Meinung entweder überall nichts, oder es läßt sich daraus wohl gar das Gegentheil darthun. Letzteres gilt von der Institutionenstelle, wo es heißt: „Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit: sed quod, dum in civitate fuerit, fecit, *sive redierit, valet jure postliminii, sive illic decesserit, valet ex Lege Cornelia*“ [63]). Hier werden ja ganz bestimmt die Quellen unterschieden, woraus beide Sätze geflossen sind: kehrt der Testirer zurück, so gilt sein Testament nach dem Recht des Postliminium, stirbt er in feindlicher Gefangenschaft, so gilt es in Folge der Bestimmung der Lex Cornelia. Nach welcher Logik will man denn beide Bestimmungen einer und derselben Quelle zuschreiben? Und wenn die Kaiser Diocletian und Maximinian rescribiren: „Captum ab hostibus filium, patre mortuo medio tempore, lex Cornelia reversum, si in potestate patris tempore, quo capiebatur fuit, suum facit heredem“ [64]),

antejustin. p. 48. 49. und Menagii amoenit. jur. civ. cap. 39 v. *postlim.* — S. auch Bd. 36. d. Comment. S. 224 fgg. u. daf. die Note 97.

62) S. z. B. L. 29. §. 14 D. *de lib. et post.* (Vgl. hiezu Bd. 36. d. Comment. S. 223 fgg.). L. 29 D. *de Vulg. et Pup. subst.* (XXVIII. 6.) u. a.

63) §. fin. I. *quib. non est perm. fac. test.*

64) L. 9 C. *de postlim. revers.* (VIII. 51.).

ſo heißt das ja nicht: durch die **Lex Cornelia** erhalten die aus der feindlichen Gefangenſchaft zurückkehrenden Kinder ihre Suitätsrechte wieder zurück, ſondern: es iſt nach der **Lex Cornelia** ſo anzuſehen, als wenn der zurückkehrende Sohn gleich bei der Gefangennahme Erbe ſeines Vaters geworden wäre. Alſo, es muß ſo angeſehen werden, als ſei der Vater gerade zu jener Zeit mit Tode abgegangen; dabei iſt nothwendig vorauszuſetzen, daß auch der Vater in feindliche Gefangenſchaft gerieth, aber nicht zurückkehrte, ſo daß mithin die **fictio legis Corneliae** allerdings hier zur Anwendung kommt [65]).

Viel mehr Fälle der Reconvalescenz eines **test. irritum factum** umfaßte aber das prätoriſche Recht. Der Prätor gab nämlich eine **secundum tabulas B. P.** aus einem ſolchen Teſtamente, wenn die Capitisdiminution wieder aufgehoben, alſo der frühere Zuſtand wieder eingetreten war [66]). „**Non tamen per omnia** (ſagt Gajus in der faſt buchſtäblich den Juſtinianiſchen Inſtitutionen einverleibten Stelle) **inutilia sunt ea testamenta, quae — — — jure facta, postea propter capitis diminutionem irrita facta, aut rupta sunt: Nam si septem testium signis signata sunt testamenta, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem agnoscere; si modo defunctus testator et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit; nam si ideo irritum factum sit testamentum, quod postea civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut quia is in adoptionem se dedit, et**

65) S. Bd. 36. d. Comment. S. 240. Note 23. und die daſ. angef. Schr.

66) §. 6. (5) I. *quib. mod. test. infirm.*

mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere“ [67]). Im Falle einer magna capitis diminutio nun bedurfte es eben nur der Wiederherſtellung des vorigen Zuſtandes [68]); wogegen, wenn die Capitisdiminution dadurch bewirkt wird, daß man ſich adrogiren läßt, alſo bei einer cap. diminutio ex causa voluntaria, wie man dies wohl ausdrückt [69]), es nach der Wiederherſtellung noch irgend einer Willenserklärung des Teſtirers bedarf, woraus ſich ergiebt, daß das Teſtament gelten ſolle. — PAPINIANUS Lib. XIII. Quaest. „Testamento facto Titius adrogandum se praebuit, ac postea sui juris effectus vita decessit: scriptus heres, si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur, quia dando se adrogandum testator, cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane, si sui

67) GAJI inst. II. §. 147. — Den etwas ungeſchickten Ausdruck: „nam si ideo irritum sit testamentum u. ſ. w., woraus man ſchließen könnte, daß hierbei zunächſt der Grund der capitis diminutio in Betracht komme, wogegen doch der Umſtand für die Reconvalescenz entſcheidend iſt, daß die Capitisdiminution ſpäterhin wieder aufgehoben wurde, verbeſſert Theophilus in der Paraphr. zu dieſer Stelle.

68) L. 6. §. 12. in f. D. *h. t.* — — „si quis damnatus capite, in integrum indulgentia principis sit restitutus, *testamentum ejus convalescet.*“

69) S. Bd. 34. d. Comment. S. 71. Note 56. — Ganz unterſcheidend iſt übrigens dieſer Ausdruck nicht, indem ja auch der Verluſt der Civität durch eine freiwillige Handlung eintreten kann.

juris effectus, codicillis, aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerit, judicio recenti rediisse intelligetur, non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinquerent. Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum; non enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed (de) viribus exceptionis, quae in hoc judicio, quamquam actori opponatur, ex persona tamen ejus, qui opponit, aestimatur [70]). Also durch die Erklärung entsteht nicht erst das Testament, sondern es wird dadurch nur die Einrede des ungiltig gewordenen Testaments entfernt. Die Schlußworte (quae — quamquam actori opponatur u. s. w.) aber lassen sich auf folgende Art interpretiren: es ist hier nicht von einem Dolus des Klägers die Rede, sondern von der auf aequitas gestützten doli exceptio, — der s. g. exc. doli generalis [71]); diese aber ist aus der Person des Verklagten zu beurtheilen, welchem hier offenbar das jus aequum zur Seite steht [72]).

Worin übrigens der Grund dieses Unterschiedes zwischen sogenannter necessaria und voluntaria cap. dim. zu suchen sei? ist nicht völlig ausgemacht. An einer früheren Stelle des Commentars hat Glück die gewöhnliche Ansicht vorgetragen, daß der Testirer durch seine

70) L. 11. §. 2 D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.).

71) S. mein Lehrb. des Pandektenrechts. Bd. I. §. 94. N. 5.

72) Cujacius ad L. 11 D. *de B. P. sec. tab.* in lib. XIII. quaest. Papiniani (opp. ed. Neapol. T. IV. p. 353 fg.). S. auch Bd. 36. des Comment. S. 324 fg.

Einwilligung in die Arrogation das frühere Teſtament freiwillig aufgehoben habe; ſterbe er alſo ohne die Erklärung, daß das Teſtament wieder gelten ſolle, ſo könne dem die B. P. aus demſelben nachſuchenden Teſtamentserben die exc. mutatae voluntatis entgegengeſetzt werden [73]). Man könnte dagegen vielleicht einwenden, daß ja auch die magna cap. diminutio nicht immer eine necessaria ſei, und man z. B. auch der Civität ſich freiwillig begeben könne. Indeſſen eines Theils ſind die Sätze ſelbſt überhaupt nicht ſo beſtimmt ausgeſprochen, wie wir ſie jetzt in den Lehrbüchern leſen; daß eine neue Willenserklärung des Teſtirers zur Reconvalescenz des Teſtaments erforderlich ſei, iſt ja nicht ausdrücklich auf die minima cap. diminutio beſchränkt, und daß es bei der magna c. d. derſelben nicht bedürfe, abſtrahiren wir nur aus den angeführten Beiſpielen, welche aber ſämmtlich Fälle einer necessaria d. enthalten. Anderen Theils findet ſich hier doch auch eine innere Verſchiedenheit der Verhältniſſe. Wer ſich unter eine väterliche Gewalt begiebt, verzichtet dadurch auf ſeine ſelbſtſtändige Perſönlichkeit, und letztwillige Verfügungen ſind jetzt für ihn überall nicht mehr möglich. Ganz anders verhielt es ſich mit dem, welcher dem römiſchen Bürgerrechte entſagte. Er behielt nicht nur die vollkommene freie Dispoſitionsbefugniß über das Seine, ſondern auch die Freiheit nach den Geſetzen, welchen er nunmehr unterworfen wurde, teſtamentariſch über ſein Vermögen zu verfügen [74]);

73) Bd. 34. d. Comment. S. 71. Note 56. — S. Vinnius ad §. 6. I. *quib. mod. test. infirm.* nr. 4. u. Höpfner Comment. §. 521. a. E.

74) Ulpiani Fragm. Tit. XX. §. 14 in f. und dazu die N. 45. in Schulting jurisprud. vet. antejustin. p. 631.

ein eigentlicher Verzicht auf das Recht, aus ſeinem Teſtamente beerbt zu werden, ließ ſich hier alſo gewiß nicht annehmen.

Nach einer Stelle in den Inſtitutionen des Gajus konnte aber der **Bonorum possessor** durch den civilrechtlichen Inteſtaterben ausgeſchloſſen werden, m. a. W. dieſe **Bonorum possessio** war in einem ſolchen Falle **sine re. Qui autem secundum tabulas testamenti, quae aut statim ab initio non jure factae sunt, aut jure factae postea ruptae vel irritae erunt, bonorum possessionem accipiunt, *si modo possunt hereditatem obtinere*, habebunt Bonorum possessionem cum re: *si vero ab iis avocari hereditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re.* Nam *si quis — — — ab intestato jure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem avocare*“ — —[75]). Es leidet auch keinen Zweifel, daß dies bis auf das in dieſem Commentar bereits öfter erwähnte Reſcript Antonins[76]), ſich wirklich alſo verhalten habe. Nun hat aber der K. Antonin dieſen Vorzug der civilrechtlichen Inteſtaterben vor dem **secundum tabulas Bonorum possessor** keineswegs ganz aufgehoben, ſondern zum Theil iſt das ältere Recht noch anerkannt. So gelangten wir durch frühere Unterſuchungen zu dem Reſultat, daß ein nur nach prätoriſchem Recht giltiges ſpäteres Teſtament ein früheres blos in dem Fall rumpire, wenn in demſelben die nächſten Inteſtaterben eingeſetzt

75) Gaji inst. II. §. 148. 149.

76) Den Inhalt deſſelben referirt Gajus im zweiten Buche der Inſtitutionen §. 120. — Vgl. Bd. 36. d. Comment. S. 315—317. u. Bd. 38. S. 367 fgg.

ſeien [77]), und eben ſo ein ſolches, worin Notherben prä-terit waren [78]). In anderen Fällen blieb alſo das frü-here Teſtament bei Kräften, oder war ein ſolches nicht vorhanden, ſo giengen die Inteſtaterben demjenigen vor, welcher aus dem Teſtamente eine sec. tab. B. P. erhal-ten hatte. Daß nun dies in Beziehung auf jedes nur nach prätoriſchem Rechte giltige Teſtament gegolten habe, und namentlich auch für das tes tamentum irritum factum, ſcheint die folgende, aus dem vierten Buche der Disputationen in die Pandekten (als L. 12 pr. D. *h. t.*) aufgenommene Stelle Ulpians zu ſagen: „Postumus praeteritus vivo te-statore natus decessit: licet juris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scri-ptus potest, remque obtinebit, ut et Divus Ha-drianus et imperator noster rescripserunt. Idcir-coque legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sunt, securi. *Item et circa* in-justum et *irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.*“ Aber hätte dies in der That zur Zeit Ulpian's noch in ſeiner ganzen Ausdeh-nung ſo gegolten, ſo würde das Reſcript Antonin's in dem bisherigen Recht ſo gut wie gar nichts geändert haben; der Kaiſer würde im Grunde nur geſagt haben: die Bon. possessio des eingeſetzten Erben iſt cum re, wenn er ſelbſt der Inteſtaterbe iſt, mithin ihm auch oh-nehin Niemand vorgeht. Auch giebt Gajus den Inhalt

77) Bd. 38. d. Comment. S. 368 fgg. u. daſ. die Note 93.

78) Bd. 38. d. Comment. S. 457—463.

des Reſcripts ganz allgemein dahin an: „eos, qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali“ [79]). In keinem Falle aber vertragen ſich mit dieſem Reſultate die ſonſtigen Quellenäuſſerungen über die Convalescenz des testamentum irritum factum, indem hier immer nur eine Wiederherſtellung des früheren Rechtsverhältniſſes und, im Falle einer minima capitis diminutio, eine Erklärung des Teſtirers über die Giltigkeit des Teſtaments erfordert wird; daß eine ſo wichtige Bedingung, wie die Einſetzung der nächſten Inteſtaterben, ſollte mit Stillſchweigen übergangen worden ſeyn, iſt ganz unmöglich anzunehmen. Hiernach könnte man nun vielleicht glauben, daß Ulpian zuerſt das Recht, wie es vor dem Kaiſer Antonin gegolten, vorgetragen habe und die Stelle nur unvollſtändig excerpirt ſei. Indeſſen hieße dies doch den Knoten etwas ſehr gewaltſam zerhauen, da es mehr als unwahrſcheinlich iſt, daß die Compilatoren den ſo beſtimmt ausgedrückten Satz („si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre posset“) überſehen haben ſollten, wenn derſelbe wirklich nicht mehr anwendbar geweſen wäre. Viel näher liegt wohl die folgende Erklärung: der Juriſt ſpricht in der angeführten Stelle von der Wirkung, welche nach prätoriſchem Rechte ein Teſtament haben kann, worin ein Notherbe präterirt iſt, und zwar mit beſonderer Rückſicht auf den Fall, wenn zu der Zeit, wo dem eingeſetzten Erben der Erbſchaftserwerb möglich iſt, der Notherbe nicht

79) Inst. II. §. 120.

nicht mehr im Wege ſteht. Dabei unterſcheidet er denn folgende Fälle: a) es iſt ein Poſtumus präterirt, dieſer aber beim Leben des Teſtirers wieder weggefallen; alsdann wird dem eingeſetzten Erben ſtets eine vollkommen wirkſame Bonorum possessio, auch gegen die Inteſtaterben, gegeben. b) Es iſt ein zur Zeit der Teſtamentserrichtung bereits vorhandener suus präterirt. In dieſem Falle iſt, wenn auch der suus beim Anfall der Erbſchaft nicht mehr exiſtirt, die sec. tab. Bonorum possessio doch nur wirkſam (cum re), wenn die ſonſtigen nächſten Inteſtaterben eingeſetzt ſind [80]). Daß nämlich der Ausdruck injustum testamentum hier die Bedeutung eines durch Präterition des suus heres nichtigen letzten Willens habe, wurde früher bereits bemerkt [81]). Schon der äußere Zuſammenhang führt mithin darauf, auch den Ausdruck irritum testamentum auf Ungiltigkeit des letzten Willens wegen Präterition eines Notherben zu beziehen, wie ja denn irritum testamentum im Allgemeinen ein wirkungsloſes Teſtament bedeutet. In unſerer Stelle nun würde man darunter ganz unbedenklich ein durch contra tabulas B. P. zu reſcindirendes Teſtament verſtehen können, wenn nicht dieſer Erklärung der Umſtand entgegen zu ſtehen ſchiene, daß eine wirkſame secundum tabulas bonorum possessio ja überhaupt nicht gehindert wird, wenn der prätoriſche Notherbe dem eingeſetzten Erben nicht im Wege ſteht, gleichviel, ob er wieder weggefallen iſt, oder die Erbſchaft nicht haben will [82]); daß jener alſo der ſonſtige nächſte

80) Bd. 36. des Comment. S. 317 fg.

81) Ebendaſ. S. 318.

82) Wenn der prätoriſche Notherbe die c. tab. B. P. nicht

Intestaterbe sei, kann nicht Bedingung der wirksamen Bonorum possessio seyn. Vielleicht gebrauchte der Jurist beide Ausdrücke für denselben Hauptbegriff, wie wir etwa von einem ungiltigen und wirkungslosen Testamente sprechen; allenfalls dachte er bei dem Worte irritum auch an die Möglichkeit der Rescission durch contra tabulas B. P., welche ja auch dem suus heres zusteht, wie denn gerade dafür auch einmal jener Ausdruck gebraucht wird [83]). Jedenfalls aber darf wohl als entschieden angenommen werden, daß Ulpian hierbei nur die Ungiltigkeit eines Testaments wegen Präterition von Notherben vor Augen hatte, nicht aber ein durch capitis diminutio des Testirers rescindirtes Testament, was auch dadurch noch eine Unterstützung erhält, daß er geradezu von einem test. irritum spricht, nicht von einem test. irritum *factum* [84]).

binnen dem utilis annus agnoscirt, oder wenn er sonst darauf verzichtet, so gilt das Testament auch nach Civilrecht vollständig. L. 5. §. 2. D. *de legat. praest.* (XXXVII. 5.). Francke Notherbenrecht S. 135 fg.

83) Nämlich in der L. 20. pr. D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.), wo ein durch die contra tab. bon. poss. zu rescindirendes Testament „testamentum per omnia irritum" genannt wird.

84) In der Accursischen Glosse zu L. 12. pr. h. t. wird angedeutet, daß die Worte: si bonorum p. data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit auf die contra tab. B. P. zu beziehen seien. Nach einer anderen Interpretation ist hier zwar von der sec. tab. B. P. die Rede, allein die Haupttendenz der Stelle geht dahin, daß die Vermächtnißnehmer das ihnen Hinterlassene in Anspruch nehmen dürften (s. *Barth.* Chesii differ. jur. Cap. XLVI. Nr. 6., in der jurisprud. Rom. et Att. T. II.

Durch die Reconvalescenz erhält übrigens das Teſtament ſeine frühere Kraft und Wirkung vollſtändig wieder zurück, auch in Anſehung der Nebenbeſtimmungen [85]); es iſt mithin kein Grund zu der Annahme vorhanden, daß tutores plene dati jetzt der Confirmation bedürfen [86]).

Werfen wir nun endlich noch einen Blick auf den heutigen Gebrauch dieſer Lehre, ſo iſt man darüber einverſtanden, daß a) durch media capitis diminutio ein Teſtament ſeine Wirkung nicht verliere, da die active Teſtamentsfähigkeit in Folge der auth. Frid. *omnes peregrini* Cod. *communia de successionib.* (VI. 59.) den Fremden ſo gut zuſteht, wie den Einheimiſchen; da-

p. 764.). Die letzte Auslegung würde ſich dem Sinne nach an die bereits an einem anderen Orte (Bd. 36. S. 329—333.) erklärte L. 17. D. *h. t.* anſchließen; indeſſen ſind beide Erklärungen ſchon darum verwerflich, weil hier offenbar beſtimmt werden ſoll, daß der eingeſetzte Erbe eine wirkſame B. P. erhalte (— — „remque obtinebit"), wovon denn nur eine Folge iſt, daß auch die Vermächtniſſe beſtehen. — Der Scholiaſt zu den Baſiliken (Tom. V. p. 280. Schol. f.) bezieht den Ausdruck irritum test. auf ein rumpirtes und auf ein durch capitis diminutio des Teſtirers vernichtetes Teſtament; doch läßt er ſich gar nicht darauf ein, ob aus einem ſolchen Teſtamente eine wirkſame sec. tab. B. P. nur den eingeſetzten Inteſtaterben gegeben werde? — Vgl. nach Francke Notherbenrecht S. 113—120.

85) L. 12. pr. D. *h. t.* — „*Idcirco* legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sunt, securi."

86) S. *Alex. Aug. de* Büchholtz exercit. jur. civil. de confirm. tut. (Regim. 1833. 8.) p. 11. sq.

gegen b) die minima c. d. auch heut zu Tage gerade so wirke, wie das Röm. Recht es bestimmt hat [87]). Streitig aber ist es, ob gegenwärtig noch wegen maxima c. d. ein Testament vernichtet werde? Soviel ist gewiß, daß Kriegsgefangenschaft diese Wirkung nicht mehr haben könne, da die Begriffe der Alten über Sclaverei und also auch die Idee, daß nach jus gentium kriegsgefangene Bürger Sclaven werden [88]), uns fremd sind. Der Streit bezieht sich nur auf die zum Tode Verurtheilten, und fällt mit der an einem andern Orte dieses Commentars bereits erörterten Frage: ob und inwiefern dergleichen Verurtheilte jetzt testiren können? zusammen [89]). Die Testamentsunfähigkeit der zum Tode Verurtheilten war zunächst eine Folge der servitus poenae [90]). Wir dürfen es hier auf sich beruhen lassen, ob diese servitus poenae von Justinian überhaupt, oder nur in besonderer Beziehung aufgehoben ist [91]), da nicht bezweifelt werden darf, daß sie jetzt wegfällt. Nach der gemeinen Meinung der Rechtslehrer ist hier ein Unterschied zu machen: ob mit der Strafe Vermögensconfiscation verknüpft sei, oder nicht! Im ersteren Falle trete Testamentsunfähigkeit ein, folglich werde auch das bisher errichtete

87) S. Weber zu Höpfner §. 520. Note 2.

88) §. 2. 3. I. *de jure personarum.*

89) Bd. 34. d. Comment. S. 94 fg.

90) L. 6. §. 6. D. *h. t.* — — „nam poenae servus efficitur.“

91) In der Nov. 22. Cap. 8. — Vgl. hierüber Bd. 34. d. Comment. S. 85 fgg. u. die das. angef. Schr. von Marezoll über die bürgerl. Ehre S. 32 fgg.).

Testament irritum, nicht aber im letzteren [92]). Dagegen hat sich nun in der neuern Zeit besonders Wächter erklärt [93]). Die Vermögensconfiscation, sagt er, war eine stillschweigende Folge der servitus poenae; die stillschweigenden Vermögensconfiscationen hat aber die peinliche Halsgerichtsordnung überhaupt aufgehoben [94]), es müssen dieselben also in den Straferkenntnissen ausdrücklich ausgesprochen seyn, dann aber gehen sie nur auf das Vermögen, welches der Verbrecher zur Zeit des Straferkenntnisses hatte [95]), mithin bleibt ihm das Verfügungsrecht über den nachherigen Erwerb. So hebt also die Confiscation die Möglichkeit zu testiren nicht einmal factisch auf, am wenigsten aber darf jetzt gesagt werden, daß dem Verbrecher die active Testamentsfähigkeit entzogen sei [96]). Das Gewicht dieser Gründe ist nicht zu verkennen. Namentlich darf nicht bezweifelt werden, daß nicht jede Vermögensconfiscation die Testamentsfähigkeit aufhebe (s. Note 95.), und jedenfalls ist es ungenügend, wenn von Buchholtz die Testamentsunfähigkeit der zum Tode Verurtheilten lediglich daraus ableitet, weil dieselben ihr Vermögen verlieren [97]). Die servitus poenae mag Justinian immerhin vollständig aufgehoben haben,

92) Vgl. Bd. 34. d. Comment. §. 1407. a. E. S. 97. und meine doctr. Pand. Vol. III. §. 640. Note 13.

93) In der Abhandlung: über Testirunfähigkeit wegen begangener Verbrechen und wegen verhängter Strafen; im Archiv für civilist. Praxis Bd. XVII. Abh. XIV.

94) P. H. G. O. Art. 135. u. 218.

95) L. 22. §. 5. D. *mandati* (XVII. 1.). Wächter a. a. O. S. 428 fg. Note 17.

96) Wächter a. a. O. S. 427 — 433.

97) v. Buchholtz jur. Abhandl. Nr. V. S. 114.

gewiß aber hat er nicht die besondere Rechtsbestimmung aufgehoben, daß der Verurtheilte die Dispositionsfähigkeit über das Seine verliere, weil der Fiscus ihm per universitatem succedire; diese Bestimmung besteht mithin als lex specialis neben dem neueren Rechte [98]). Und wenn auch eine Vermögensconfiscation heut zu Tage nicht mehr von selbst eintritt, so ist doch eine natürliche Folge, daß, sobald sie vollständig ausgesprochen ist, der Verbrecher nun auch nicht über das Seine verfügen dürfe, oder die noch nicht wirksam gewordenen frühern Verfügungen, wie letztwillige Dispositionen, ungiltig werden. Allerdings kommt es jetzt immer darauf an, wie das Straferkenntniß lautet, und namentlich wird man (wegen Note 95) annehmen dürfen, daß im Falle das Vermögen eines Lebenden confiscirt wird, dies sich nur auf das damals vorhandene Vermögen beziehe, mithin eine Entziehung der testamentifactio hierin nicht liege. In jedem Falle muß also jetzt in der Regel zweierlei zusammentreffen, um den Verbrecher für testamentsunfähig halten zu dürfen: eine Verurtheilung zum Tode, und allgemein ausgesprochene Vermögensconfiscation. Ausserdem aber läßt sich wohl behaupten, daß in den Fällen, wo gemeinrechtlich die Testamentsunfähigkeit mit gewissen nicht todeswürdigen Verbrechen verknüpft ist, diese auch aus gleichen Gründen gegenwärtig noch eintreten, vorausgesetzt, daß diese Unfähigkeitsgründe überhaupt mit heutigen Rechtsbegriffen und Ansichten verträglich sind, was wohl mit Recht bezweifelt wird [99]).

98) L. 80 D. *de reg. jur.* — Thibaut civilist. Abhandl. (Heidelb. 1814.) Nr. VII.

99) Vgl. Bd. 34. d. Comment. S. 149. u. die das. Note 25. angef. Schr. Wächter a. a. O. S. 435—440.

§. 1433. a)

IV. Vom destitutum testamentum *).

Destitutum heißt das Teſtament, wenn der eingeſetzte Erbe aus demſelben die Erbſchaft nicht erwirbt [100]). Es wird auch wohl irritum [1]) oder desertum [2]) genannt. Alle einzelnen Gründe des dest. test. laſſen ſich auf zwei Claſſen zurückführen: entweder kann der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft nicht erhalten, oder er will ſie nicht haben. Jedenfalls aber wird dabei ein an ſich zu Recht beſtändiges Teſtament (perfectum oder jure factum testamentum) vorausgeſetzt, ſowohl der Form als dem Inhalte nach, alſo namentlich auch, daß dem eingeſetzten Erben die Erbfähigkeit nicht fehle; es muß alſo ein Teſtament ſeyn, woraus, abgeſehen von ſpäter eingetretenen Ereigniſſen oder Hinderniſſen, der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft hätte erhalten können, — „ex quo heres existere poterit“ wie Papinian ſagt [3]).

Alſo I. der eingeſetzte Erbe kann die Erbſchaft nicht erhalten, entweder weil er a) vor dem Erblaſſer oder

*) *W. A.* Lauterbach Diss. de testamento destituto Tub. 1670. 4. *C. Fr.* Zepernick Diss. inaug. de testamenti destituti viribus. Hal. 1773. 4. Ejusd. diss. Sect. altera ibid. 1774. 4.

100) §. 7. I. *de heredit. quae ab intestato defer.*

1) L. 1. in f. D. *h. t.* — „aut in irritum constituitur, non adita hereditate.“

2) §. 8. I. *de heredit. quae ab int. defer.*

3) L. 1. I. *h. t.* Vgl. auch Gaji inst. II. §. 144. und §. 2. I. *quib. mod. test. infirm.* — Bd. 38. des Comment. S. 359.

doch vor dem Erbschaftserwerbe mit Tode abgeht [4]), oder b) die Erbfähigkeit verloren hat [5]), oder c) die Bedingung der Erbeseinsetzung nicht eintritt [6]). — Im älteren Rechte gab es noch zwei Fälle, von denen der erste einem eintretenden Unfähigkeitsgrunde, der zweite einer wegfallenden Bedingung zu vergleichen ist. Jenes gilt vom Cölibat, so lange die **Lex Julia et Papia Poppaea** bestand, dieses von Versäumniß der Cretionsfrist, d. h. der im Testamente zur förmlichen Erbschaftsantretung festgesetzten Zeitfrist [7]). Von der eigentlichen Erbunfähigkeit unterschied sich das erste Hinderniß indessen

4) Eingeschränkt ist dies durch die s. g. **transmissio ex capite in integrum restitutionis**, wonach, wenn der Erbe durch ein juristisches Hinderniß oder durch entschuldbare Abwesenheit verhindert war, die ihm bereits deferirte Erbschaft anzutreten, seinem Erben die Antretung noch möglich wird. L. 4. in f. L. 5. D. *de Bon. poss. contra tab.* ***XXXVII.*** 4) L. 30. pr. L. 86. pr. D. *de acquir. hered.* (XXIX. 2.) S. meine doctr. Pand. Vol. III. §. 702. Nr. 1. Das Nähere hierüber unten bei §. 1496.

5) Uebrigens schadet der Verlust der Erbfähigkeit nach errichtetem Testamente nicht, wenn er dieselbe vor dem Tode des Erblassers wieder erhalten hat, die später eingetretene Unfähigkeit schließt aber die Möglichkeit des Erwerbes in der Regel aus; §. 4. I. *de hered. qual. et differ.* L. 6. §. 2. L. 49. §. 1. D. *de hered. inst.* (XXVIII. 5.).

6) §. 2. I. *quib. mod. test. infirm.* — — — „aut conditione, sub qua heres institutus est, defecerit.“

7) Gaji inst. II. 164. S. Bd. 38. des Comment. S. 358. Note 64. und die das. angef. Citate aus Quellen und Schriftstellern.

dadurch, daß dabei nicht auf die Zeit der Testamentserrichtung, sondern auf die der Delation des Erbrechts gesehen wurde; denn erbunfähig war der Cälebs nicht eigentlich, ihm fehlte nur das jus capiendi ex testamento [8]). — Ueber diese sämmtlichen Gründe, weshalb der Erbe die Erbschaft nicht erhalten konnte, äußert sich Gajus auf folgende Art: — — „ideoque si quis — — aut vivo testatore aut post mortem ejus, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut per cretionem exclusus fuerit, aut conditione, sub qua heres institutus est, defectus sit, aut propter caelibatum ex Lege Julia summotus fuerit ab hereditate — — paterfamilias intestatus moritur“ [9]).

II. Der eingesetzte Erbe will die Erbschaft nicht haben. Dies kann er durch Worte, wie durch Handlungen wirksam an den Tag legen [10]), wohin denn auch die Nichterfüllung einer Potestativbedingung zu rechnen ist [11]). Soll eine solche Erklärung aber überhaupt Wirkung haben, so muß die Erbschaft dem Erben bereits deferirt seyn [12]), weshalb denn auch die vor Eintritt der Be-

8) Bd. 38. d. Comment. S. 360—363. (Nr. I.)

9) Gaji inst. II §. 144. Nach ihrem eigentlichen Zusammenhange bestimmt die Stelle, in welchen Fällen ein früheres Testament durch ein späteres rumpirt werde? Aus diesem Gesichtspuncte ist sie bereits an einem anderen Orte vollständig erklärt. S. Bd. 38. des Comment. S. 357—363.

10) L. 95. D. *de acq. vel omitt. her.* (XXIX. 2.). „Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest, et alio quovis judicio voluntatis.“

11) Zepernick diss. prima de test. dest. virib. §. VII. p. 13.

12) L. 13. pr. D. *de a. v. o. her.* „Is, qui heres in-

dingung, wenn gleich erſt nach dem Tode des Erblaſſers erfolgte Repudiation wirkungslos iſt [13]). Dagegen hilft dem Erben die Repudiation der bereits erworbenen Erbſchaft in der Regel nichts, und nur ausnamsweiſe kann ſie auch alsdann noch erfolgen, nämlich in Folge einer Wiedereinſetzung in den vorigen Stand [14]) und durch den Gebrauch des ſ. g. beneficium abstinendi, welches für die sui heredes, die gleich bei der Delation ipso jure Erben werden, eingeführt iſt [15]). Im Ganzen kommt dadurch die Sache in die Lage, wie wenn die Erbſchaft nie erworben wäre, nur Pupillarſubſtitutionen und Freiheitsvertheilungen werden erhalten, wenn der suus

stitutus est, vel is, cui legitima hereditas delata est, repudiatione hereditatem amittit. *Hoc ita verum est, si in ea causa erat hereditas, ut adiri posset.*" — Vgl. L. 4. C. *de repud. vel abstin. hered.* (VI. 31.).

13) L. 13. pr. D. *de a. v. o. h.* — „heres institutus sub conditione, si ante conditionem existentem repudiavit, nihil egit, qualisqualis fuit conditio, etsi in arbitrium collata est." — Eine Anwendung davon enthält der §. 2. derſelben Stelle („Subsistutus quoque similiter, si ante repudiat, quam heres institutus decernat de hereditate, nihil valebit repudiatio"); denn die Subſtitution enthält eine bedingte Erbeseinſetzung des Subſtituten; L. 1. §. 13. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2.).

14) Die Gründe einer ſolchen Reſtitution ſind die gewöhnlichen, z. B. Minderjährigkeit (L. 7. §. 5. D. *de min.* IV. 4.), Zwang (L. 21. §. 5. 6. D. *quod. met. causa* (IV. 2.) u. a. S. meine doctr. Pand. §. 785.

15) §. 2. I. *de hered. qual. et differ.* L. 7. §. 1. D. *de acq. v. om. her.* (XXIX. 2.).

heres von dem beneficium abstinendi Gebrauch macht [16]).

Ob überhaupt ein Teſtament destitutum werden könne, worin der Teſtirer ſeinen suus heres eingeſetzt hat? iſt eine ziemlich müſſige Frage. Stirbt der Eingeſetzte vor dem Teſtirer, oder wird er erbunfähig, ſo iſt nicht abzuſehen, weshalb man hier nicht eben ſo gut von einem testamentum destitutum ſprechen ſollte, wie in dem Falle, wenn ein Extraneus eingeſetzt iſt [17]). Der nach erfolgter Delation eintretende Tod [18]), oder ein ſonſtiger Grund der Unfähigkeit dagegen kann den ipso jure bereits eingetretenen Erwerb der Erbſchaft nicht wieder rückgängig machen. Ein Verzicht aber wird nur durch Anwendung des beneficium abstinendi möglich, welches doch

16) L. 12. pr. in f. D. *de interr. in jur. fac.* XI. 1. (— „hunc, qui abstinuit, Praetor non habet heredis loco“). — Ueber die oben angegebenen Ausnahmen ſ. L. 41. L. 42. pr. D. *de acq. vel omitt. hered.* L. 30. §. 10 D. *de fideic. lib.* (XL. 5.).

17) Zepernick, welcher die Frage ſchlechthin verneint, ſagt: wenn der eingeſetzte suus heres vor dem Erblaſſer ſtirbt, ſo iſt das Teſtament nicht destitutum, ſondern nullum (diss. cit. p. 7.); doch iſt dies ja nur eine andere, und noch dazu ſehr willkührlich gewählte Benennung für die nämliche Sache.

18) Stirbt der Teſtirer und der von ihm eingeſetzte Erbe, ohne daß man weiß, wer zuerſt und wer zuletzt mit Tode abgegangen ſei, ſo entſcheiden die bekannten Vermuthungen über das frühere oder ſpätere Ableben auch darüber, ob das Teſtament für deſtituirt zu halten ſei, oder ob der suus die Erbſchaft anerkannt habe. S. Zepernick in der angef. Diſſertation S. 6. 7.

immer eigenthümlichen Beſchränkungen unterworfen iſt [19]). Nur wenn der suus heres unter einer Bedingung giltig eingeſetzt wird [20]) erhält er dadurch die Eigenſchaft eines ſ. g. voluntarius heres, folglich ſind die Gründe und die Wirkungen des testamentum destitutum hier die gewöhnlichen [21]).

Für deſtituirt kann übrigens ein Teſtament nicht gehalten werden, wenn von mehreren Miterben nur der eine oder andere ausſcheidet [22]). Denn die Wirkung des test. destitutum iſt, daß Inteſtaterbfolge eintritt [23]); in Folge der bekannten Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, kann es aber nicht theilweiſe zur Inteſtaterbfolge kommen.

Alſo in Folge der Deſtitution des Teſtaments kommt es zur reinen Inteſtaterbfolge, und zwar nicht blos in Anſehung der Univerſalſucceſſion, ſondern alle und jede Beſtimmungen des Teſtaments, Vermächtniſſe, Vormundſchaftsernennungen u. ſ. w. fallen über den Haufen [24]).

19) L. 11. in f. L. 57. L. 71. §. 3—9. L. 91. D. *de acq. vel omitt. her.*

20) Bekanntlich darf ein filius suus ohne Weiters nur unter einer Poteſtativbedingung eingeſetzt werden, unter einer anderen aber lediglich auf die Art, daß der Teſtirer ihn auf den entgegengeſetzten Fall enterbt; L. 4. 5. 86. D. *de heredib. inst.* (XXVIII. 5.). S. oben Bd. 36. d. Comment. S. 354—384.

21) Zepernick l. l. p. 7. 8.

22) Hellfeld jurisprud. for. §. 1433. a. E.

23) Pr. et §. 7. I. *de heredit. quae ab intest. defer.* L. 181. D. *de reg. jur.* „Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur.“

24) L. 9. D. *de test. tut.* XXVI. 2. („Si nemo heredi-

Hierin wurde auch durch das bekannte prätoriſche Edict: der Teſtamentserbe, welcher böslicherweiſe die Erbſchaft ausſchlage, ſolle die Vermächtniſſe auszahlen, wie wenn er Erbe geworden wäre [25]), im Weſentlichen überall nichts geändert. Durch Ausſchlagung der Erbſchaft hört alles Recht des Teſtamentserben aus der Einſetzung in der

tatem adierit, *nihil* valet ex his, quae testamento scripta sunt"). §. 2. in f. I. *de lege falcid.* L. 73. pr. in f. *eod.* — Uebrigens behauptet Sintenis (Handb. des gem. Pfandrechts, Halle 1836. §. 29. S. 264.), daß das teſtamentariſche Pfandrecht gelte, wenn auch das Teſtament deſtituirt werde. Er betrachtet nämlich das Teſtamant nur für die Urkunde, welche den Anfang eines ſchriftlich eingegangenen Pfandcontracts begründe, welcher ſeine Vollendung erſt durch die Annahme des Gläubigers erhalte; als Vermächtniß dürfe es nicht angeſehen werden, da man durch Vermächtniſſe mit Niemandem eine Obligation für ſich oder ſeine Nachfolger eingehe. — Allein eines Theils kann dieſe ganze Vorausſetzung nicht zugegeben werden, indem durch das per damnationem legatum (mithin jetzt durch jedes Vermächtniß) allerdings eine Obligatio zwiſchen dem Erben und einem Dritten unmittelbar durch das Teſtament begründet wurde (*Paulli* sent. rec. Lib. III. Tit. 6. §. 10. — §. 21. in f. I. *de legat.*), deren Wirkſamkeit freilich, wie die eines jeden Vermächtniſſes, von der Anerkennung des Vermächtnißnehmers abhieng; anderen Theils aber erhält ja ganz unläugbar das teſtamentariſche Pfandrecht ſeine Begründung durch die letztwillige Verfügung als ſolche, kann alſo auch nur gelten, wenn und ſo lange dieſe zu Recht beſteht.

25) Es findet ſich dies Edict ausführlich in dem Digeſtentitel *Si quis omissa causa testamenti, ab intestato vel alio modo possideat hereditatem* (XXIX. 4.) erklärt.

That völlig auf, und er selbst oder ein Dritter werden nur aus einem andern Titel Erben (in Folge einer Substitution oder als Inteſtaterben); das Edict erhält nur den Vermächtnißnehmern ihren Anſpruch, als wäre der Ausſchlagende nach dem Willen des Erblaſſers deſſen Erbe geworden [26]).

Aber auch das Recht der **Lex Julia et Papia Poppaea** hatte auf die Gründe und die Wirkungen des **destitutum testamentum** nur einen mittelbaren Einfluß [27]). Die Beſtimmungen dieſer **Lex**, ſoweit ſie unſeren Gegenſtand überhaupt berühren, ſind im Weſentlichen folgende: Iſt ein **heres ex asse** eingeſetzt, ſo gilt unverändert das bisherige Recht, d. h. wenn aus irgend einem

26) Belege hiezu finden ſich faſt in jeder Stelle des angeführten Digeſtentitels; wenn daher durch eine ſolche Ausſchlagung bewirkt wird, daß die Erbſchaft an die Inteſtaterben kommt, ſo erhalten dieſe dieſelbe ohne das **onus** der Vermächtniſſe, die Vermächtnißnehmer aber halten ſich an den urſprünglich Onerirten, wie wenn dieſer ihr Schuldner wäre. Vergl. **L. 1. §. 13. L. 12. §. 1. D.** ***si quis omissa causa test.*** Und ſchlägt er die Erbſchaft aus, damit die Verlaſſenſchaft durch einen ſubſtituirten Sclaven oder Hausſohn an ihn komme, ſo muß er aus dem Edict und als Subſtitut Vermächtniſſe zahlen. **L. 25. u. 26. D.** ***eod.***

27) Viel bedeutender, ſelbſt noch für das practiſche Recht, ſucht dieſen Einfluß darzuſtellen **Zepernick** in der angeführten Diſſertation, weshalb ſich hier eine ſehr ausführliche Erörterung über einzelne Puncte der Doppeller findet (**§. XI—XXIX.** p. 11—52.), freilich ſo wie ſie nach dem damaligen Stande der Quellen gegeben werden konnte, doch manches Schätzbare enthaltend, namentlich auch über das Verhältniß des Aerarium zum Fiscus und die erfolgte Verſchmelzung beider.

Grunde die Einsetzung wirkungslos wird, so tritt die reine Intestaterbfolge ein [28]). Auch kann, wenn Miterben eingesetzt sind, der Erblasser durch Substitutionen die Caduzität vacant werdender Erbtheile ausschließen [29]), und eben so wenig kommt die **Lex caducaria** alsdann zur Anwendung, wenn gleich bei Errichtung des Testaments die Anordnung sich als ungiltig erweist; z. B.

28) Ulpiani Fr. XVII. §. 1. — — „caducum appellatur — *si ex parte heres scriptus*“ u. s. w. S. Heineccius comment. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. III. Cap. VI. p. 404 sq. Rudorff über die caducorum vindicatio, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgeg. von Savigny, Eichhorn und Göschen, Bd. VI. Abh. VI. S. 398. — Das Gegentheil behauptet Zepernick diss. cit. §. XI., welcher seine Meinung hauptsächlich darauf stützt, daß, wenn vom caducum die Rede ist, nirgends unterschieden werde, ob nur Miterben nichts erhalten können, oder ob der **heres ex asse** wegfalle. Indessen steht ihm nicht nur die angeführte Stelle aus Ulpian entgegen, sondern es vertragen sich mit dieser Ansicht auch die Aeußerungen der Pandektenjuristen nicht, nach welchen Intestaterbfolge eintritt, wenn der Testamentserbe die Erbschaft nicht erwirbt (S. z. B. L. 70. D. *de acq. v. omitt. her.* L. 89. D. *de reg. jur.* und unten die Note 38.). Ueberdies ergiebt sich aus der Relation Justinian's über den Inhalt der **lex caducaria** (in L. un. C. *de cad. toll.* VI. 51.), daß die Lex nicht das Recht der Intestaterben, sondern nur des jus accrescendi, so wie das Recht eines Onerirten (wenn nämlich Vermächtnisse wegfielen) beschränkte.

29) L. un. pr. C. *de cod. toll.* — — „Sed et ipsis testamentorum conditoribus sic gravissima caducorum observatio visa est, *ut — substitutiones introducerent, ne fiant caduca.*“ Rudorff a. a. O. S. 399.

wegen mangelnder Erbfähigkeit des Miterben oder Legatars; in jenem Falle tritt nach wie vor das jus accrescendi ein, in dieſem bleibt das Legat in der Erbſchaft, oder dem Erbtheile des Onerirten [30]). In den übrigen Fällen, alſo wenn nach errichtetem Teſtamente Erbunfähigkeit eintrat, oder doch ſich auswies, daß der Honorirte wegen Cölibats oder Kinderloſigkeit nichts oder doch nicht Alles erhalten könne, oder wenn die Erbſchaft ausgeſchlagen wurde, trat Caduzität ein, d. h. der vacante Theil fiel dem Aerarium, ſpäter dem Fiscus an [31]). Für das practiſche Recht machte es auch keinen Unterſchied, ob der wegfallende Theil eigentliches caducum, d. h. geradezu durch die Lex als ſolches bezeichnet war, oder nur in causa caduci, d. i. nach der Analogie der geſetzlichen Beſtimmung ſpäter erſt eingeführt war [32]). Nur mag bemerkt ſeyn, daß zu jenem hauptſächlich die durch die Lex angeordnete Incapazität (oder der Mangel des jus capiendi) wegen Cölibats und Orbitäts gehörte; der Cölebs konnte nichts, der Orbus nur die Hälfte von dem erhalten, was ihm hinterlaſſen war [33]). Dieſer Mangel wurde nicht nach der Zeit der Teſtamentserrichtung, ſondern nach dem Zeitpunct der Delation beſtimmt, wobei denn noch eine Friſt von 100 Tagen Statt fand, binnen welcher

30) L. un. §. 2. 3. C. *de cod. toll.* — S. Herm. Baumeiſter das Anwachſungsrecht unter Miterben nach Röm. Rechte (Tüb. 1829) §. 10. S. 76 fg. (Nr. 1.)

31) Ulp. Fragm. Tit. XVII. §. 1. u. 2.

32) L. un. §. 2. in f. u. §. 4. C. *de cad. toll.* — Schilling Bem. über Röm. Rechtsgeſch. S. 310 fg. u. daſ. die Note 843. — Baumeiſter a. a. O. S. 77 fgg. (Nr. 2. 3. 5.).

33) Gaji inst. II. §. 286.

welcher die Capazität erlangt werden konnte [34]). Auch gab es Ausnahmen von dem Gesetze, oder gewisse Personen — personae exceptae — hatten ungeachtet ihres Cälibats das jus capiendi [35]), und für Miterben, welche Alles erhalten konnten, fand nach wie vor das jus accrescendi Statt, d. h. der wegfallende Theil wurde zu ihrem Besten nicht caduc [36]), was denn insonderheit für eingesetzte Ascendenten und Descendenten bis zum dritten Grade galt, welche nicht nur als Caelibes Alles erhielten, sondern auch durch das Anwachsungsrecht die wegfallenden Theile bekamen; von ihnen hieß es daher vorzugsweise: sie hätten das jus antiquum in caducis [37]).

Man sieht also hieraus, daß die Wirkungen des test. destitutum durch das Papische Gesetz nur im Einzelnen modifizirt, keineswegs aber wesentlich geändert waren, weshalb denn die juristischen Classiker, zu deren Zeit das Gesetz noch vollständig galt, auch sagen konnten: in Folge des destitutum test. trete Intestatsuccession ein [38]).

34) Ulp. Fragm. XVII. §. 1. u. Fragm. de jure fisci §. 3. — Baumeister a. a. O. S. 88.

35) S. Hugo Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts bis auf Justin. Bd. 2. S. 774. Z. 20—26. d. XI. A. — Ueber das besondere Recht der Ehegatten, s. Ulp. Fragm. Tit. XV. XVI.

36) Gaji inst. II. §. 206. 207.

37) Ulp. Fr. Tit. XVIII. — Baumeister a. a. O. S. 88. a. E. u. fgg. Rudorff a. a. O. S. 402. a. E. fg. — Vergl. v. Löhr im Arch. für civil. Pr. Bd. V. S. 383. Note 79.

38) S. besonders Gaji inst. II. §. 144. — — „ideoque, si quis — — aut noluerit heres esse, aut vivo te-

Schon vor Justinian war übrigens die Caduzität der vacanten Erbtheile größtentheils aufgehoben [39]), die Constitution Justinian's (L. un. C. *de caduc. toll.* VI. 51.) schaffte sie vollständig ab und stellte das alte jus accrescendi im Wesentlichen wieder her, dessen Wirksamkeit natürlich dadurch bedingt ist, daß der Miterbe seinen eignen Erbtheil erwirbt. Ist dies nicht der Fall, fallen also alle Erben weg, gleichviel aus welchem Grunde, so tritt allemal die reine Intestaterbfolge ein [40]).

statore, aut post mortem ejus, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut per cretionem exclusus fuerit, aut conditione, sub qua heres institutus est, defectus sit, *aut propter caelibatum ex Lege Julia summotus fuerit, — — paterfamilias intestatus moritur.*

39) S. L. 30. pr. Theod. Cod. *de petit. et ultro dation. et delator.* (X. 10.) (Vgl. mit L. 10. Inst. C. *de bon. vac.* (X. 10.)) — Zepernick diss. cit. §. XXIII—XXIX. — v. Löhr a. a. O. S. 390.

40) Nur beiläufig mag hier eine andere, mit dem practischen Rechte in gar keiner Verbindung stehende, Modification erwähnt werden; nämlich das durch ein Rescript des Kais. Marc. Antonin eingeführte Recht der addictio bonorum libertatis causa. Hatte Jemand in seinem Testamente oder Codizille Freiheitsertheilungen angeordnet, der Testaments- oder Codizillarerbe trat aber die Erbschaft nicht an, so wurde dem Sclaven, welcher zur Erhaltung seiner eignen und seiner Mitsclaven Freiheit die Erbschaft übernehmen und den Gläubigern gerecht werden wollte, das Vermögen zugesprochen und so die Intestaterbfolge ausgeschlossen. S. den Titel der Institutionen *de eo, cui libertatis causa bona addicuntur.* III. 10. (11.). Zwar heißt es in dem §. 4. dieses Titels: „cum nemo successor ab intestato existat, — cessabit constitutio.“

Indessen ist dies Resultat keineswegs außer Zweifel. So behauptet Zepernick, Justinian habe angeordnet, daß auch bei einem gänzlich destituirten Testamente nicht die reine Intestaterbfolge eintrete, sondern die Erbschaft den Intestaterben nur unter der Verbindlichkeit angeboten werde, die dem Erben auferlegten Vermächtnisse und andere Lasten zu erfüllen, soferne diese nicht mit der Person des eingesetzten Erben in einer solchen Verbindung stehen, daß sie von einem Anderen nicht erfüllt werden können. Er geht nämlich bei der Auslegung der L. un. C. *de cad. toll.* von der Ansicht aus, daß die Caduzität sich nicht auf Erbtheile und Vermächtnisse beschränkt habe, sondern auch auf die Fälle eines eigentlichen oder vollständig destituirten Testaments bezogen worden sei. Die Haupttendenz des Gesetzes sei dahin gegangen, den Vorzug der Intestaterben vor dem Fiscus festzusetzen, oder zu bestimmen, daß, wenn aus irgend einem Grunde ein Testament destituirt werde, nie mehr Caduzität im Sinne des Papischen Gesetzes eintrete, sondern die Erbschaft erst den Intestaterben angeboten werde, und nur, wenn auch diese sie nicht haben wollten oder könnten, komme sie als bonum vacans an den Fiscus. Die caduca seien bekanntlich cum onere auf den übergegan-

Allein dies bezieht sich auf den im vorhergehenden §. erwähnten Fall: „si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit: *neque adita sit ab intestato hereditas*," — also auf das Vorhandensein von Intestatcodizillen, worin Freiheitsvermächtnisse angeordnet sind. Sehr bestimmt ergiebt sich dieser Sinn auch aus der L. 2. D. *de fideic. lib.* (XL. 5.). Ueberh. aber vgl. man über dieses Recht noch die ausführliche Erörterung von Zepernick diss. laud. §. XVII—XXII.

gen, welcher an die Stelle des Wegfallenden getreten [41]), und eben ſo bekannt ſei es, daß der Fiscus, welcher eine Erbſchaft als bonum vacans einziehe, die Vermächtniſſe und andere Beſchwerden in der Regel anerkennen und erfüllen müſſe [42]). So wenig nun in dieſer Beziehung ein Unterſchied zwiſchen bona caduca und vacantia im älteren Recht beſtanden habe, eben ſo wenig beſtehe er im neueren. Ueberdies ſei in dem Geſetze ſelbſt die völlig gleiche Wirkung eines vollſtändig deſtituirten Teſtaments und des Wegfallens von Erbtheilen auch für die Fälle deutlich anerkannt, wo Andere, als der Fiscus, an die Stelle des Teſtamentserben treten. Es heiße nämlich in dem §. 13. der gedachten Conſtitution: „Cum autem in superiore parte legis non aditam hereditatem minime, nisi quibusdam personis, ad heredes defuncti transmitti disposuimus, necesse est, *si quis solidam hereditatem non adierit*, hanc, si quidem habeat substitutum, ad eum, si voluerit et potuerit, pervenire. Quod si hoc non sit, vel ab intestato successores eam suscipiant, vel si nulli sint, vel accipere nolint, vel aliquo modo non capiant, tunc ad aerarium nostrum devolvatur.“ Offenbar ſei hier von einem vollſtändig deſtituirten Te-

41) Ulpiani Fragm. XVII. §. 3. — Vgl. L. un. §. 11. u. §. 12. C. *de cad. toll.*

42) L. 12. L. 16. §. 2. D. *de his, quae ut indignis auferr.* (XXXIV. 9.). L. 96. §. 1. D. *de leg.* I. L. 3. §. 5. L. 6. §. 3. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1.). L. 60. §. 1. D. *de cond. et dem.* (XXXV. 1.). L. 14. §. 1. D. *de jure fisci* (XLIX. 14.). — W. Francke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien, Abh. VI. §. 8. S. 159 fgg.

ſtamente die Rede, und da der Kaiſer ſich auf die superior pars der Conſtitution beziehe, ſo dürfe man annehmen, daß Alles, was hier über das Accrescenzrecht an den ehemals caduc gewordenen Erbtheilen geſagt ſei, nämlich daß ſie nur cum onere übergehen, auch auf die Fälle gehe, wo ein Teſtament vollſtändig deſtituirt werde [43]). — Indeſſen ſo ſcheinbar auch dieſe Argumente ſind, ſo halten ſie doch eine nähere Prüfung nicht aus. Zugeben muß man allerdings, daß die Worte des angeführten §. 13. „si quis solidam hereditatem non adierit“ den Fall eines gänzlich deſtituirten Teſtaments betreffen. Allein der Geſammtinhalt des Geſetzes, worauf Zepernick gerade ſeine Auslegung zu begründen verſucht, widerſpricht derſelben auf das entſchiedenſte. Der Kaiſer erklärt im Eingange der Conſtitution, daß er die Caduzität vollſtändig aufheben wolle. Dies veranlaßte ihn denn, von den Begriffen und den Wirkungen deſſen, was pro non scripto galt, des caducum und was in causa caduci ſei, zu ſprechen, wobei er beſtimmt, daß künftig das jus accrescendi nicht mehr durch den Fiscus ausgeſchloſſen, alſo (unter gewiſſen, uns hier nichts angehenden) Modificationen wiederhergeſtellt ſeyn ſolle. Damit beſchäftigt ſich der größte und weſentlichſte Theil des Geſetzes; nur beiläufig wird (im §. 5.) angeführt, daß an die Stelle des wegfallenden Erben auch deſſen Erben nicht eintreten ſollen, auſſer in den Fällen, wofür ausnamsweiſe eine auſſerordentliche Transmiſſion eingeführt ſei, und hierauf kommt er in dem §. 13. wieder zurück, indem bemerkt wird: aus allem Bisherigen und inſonderheit auch daraus, daß eine

43) Zepernick diss. cit. §. XXXV—XLI.

noch nicht erworbene Erbschaft nicht auf die Erben des Erben transmittirt werde, folge von selbst, daß, wenn der eingesetzte Erbe nicht antrete, die Verlassenschaft zuerst dem etwaigen Substituten, und falls auch dieser nicht Erbe werden könne oder wolle, dem gesetzlichen Erben angeboten werde, erst ganz zuletzt aber an den Fiscus komme. Es ist also gewiß zuviel gewagt, hierauf den Schluß zu gründen, nicht nur, daß die Caduzität sich auch auf das Wegfallen eines heres ex asse bezogen habe, sondern auch, daß die Intestaterben eben sowohl wie Miterben und Substituten, die testamentarischen Bestimmungen anerkennen müßten. Wir dürfen folglich wohl annehmen, daß nach dem älteren wie nach dem neueren Rechte in einem solchen Falle die reine Intestaterbfolge eingetreten sei, und daß wenigstens Justinian's Constitution de caducis tollendis hierin nichts geändert habe.

Eine andere Frage dagegen ist: ob sich dies auch nach dem Rechte der Novellen also verhalte? Dies wird mit noch mehrerem Scheine von Zepernick [44]) und Anderen [45]) verneint. Es ist nämlich in der Novelle 1. bestimmt: wenn der eingesetzte Erbe innerhalb eines Jahres von der ihm gewordenen gerichtlichen Mahnung angerechnet, die Vermächtnisse nicht erfülle, so solle er, falls ihm Notherbenrechte zustehen, auf den Pflichttheil beschränkt werden, in den übrigen Fällen aber seines Erb-

44) Zepernick diss. l. cit. §. XLII. sqq. diss. II. de eod. arg. §. I—VII.

45) S. namentlich Vinnius in comment. ad §. 4. Inst. *quib. mod. test. infirm. Ge. Ad.* Struve Synt. jur. civil. Exerc. XXXII. Th. 47., und unter den Neueren v. Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. V. Abh. XV. Nr. III. S. 391 fgg.

rechts ganz verluſtig gehen, und was ihm entzogen werde, Anderen zufallen, jedoch unter der Verbindlichkeit, wegen der Erfüllung der teſtamentariſchen Auflagen gehörige Sicherheit zu beſtellen. In folgender Ordnung wird aber den an die Stelle der Haupterben Berufenen die Succeſſion angeboten: a) den Subſtituten, b) den Miterben, c) den Univerſalfideicommiſſarien, mit einem Vorzuge derer, welche den größten Theil der Verlaſſenſchaft erhalten ſollen; d) den Singularvermächtnißnehmern, unter welchen im Colliſionsfalle ebenfalls die Größe der Vermächtniſſe entſcheidet; e) den Sclaven, welchen im Teſtamente die Freiheit ertheilt iſt, f) den Inteſtaterben, mit Ausſchluß der enterbten, welche unter keiner Bedingung zugelaſſen werden ſollen [46]), g) jedem Dritten, wobei ſich die Einſchränkung von ſelbſt verſteht: falls nicht der Teſtirer ihn ausdrücklich ausgeſchloſſen hat [47]); h) zuletzt dem Fiscus [48]). — Dieſe Vorſchriften nun pflegt man häufig ganz allgemein ſo zu verſtehen, daß ſie nicht blos den Fall umfaſſen, wenn der Erbe nach angetretener Erbſchaft die Erfüllung der Vermächtniſſe verweigert, ſondern auch den, wenn das Teſtament durch Ausſchlagung der Erbſchaft von Seiten des eingeſetzten Erben deſtituirt wird [49]).

46) Sie ſollen nicht zugelaſſen werden, wenn ſie es gleich zehn tauſend Mal wollten, ſagt der Kaiſer, Cap. 1. §. 4. zu Anfang.

47) *Sam.* Stryk tr. de succ. ab intestato Diss. I. Cap. I. §. XLVII. *verb.* Imo si testator u. ſ. w.

48) Nov. 1. cap. 1.

49) Nach dem Zeugniſſe von Sam. Stryk a. a. O. §. LII. war dies zu ſeiner Zeit ſogar die gemeine Meinung. Die Accurſiſche Gloſſe (zur Nov. 1. und zur *Auth.* hoc amplius C. *de fideic.* VI. 42. kennt übrigens keine andere

Unter den Neueren haben diese Meinung hauptsächlich vertheidigt Zepernick und von Löhr; beide jedoch aus verschiedenen Gründen, weshalb sie denn auch in der folgenden Darstellung von einander gesondert werden sollen. Der erste Schriftsteller giebt zwar zu, daß das Gesetz des destitutum testamentum überall nicht erwähne [50]), stützt aber seine Ansicht zunächst auf die Erklärung des Kaisers: der Zweck des Gesetzes sei hauptsächlich und zunächst darauf gerichtet, daß der Wille des Testirers in Erfüllung gehe [51]); solle dieser Zweck aber vollständig erreicht werden, so müsse das Gesetz eben sowohl das test. destitutum, als den Fall umfassen, wenn die Erbschaft schon erworben sei, der Erbe aber die testamentarische Auflage zu erfüllen sich weigere. Aber auch buchstäblich werde dieser Zweck ausgedruckt, denn ausdrücklich heiße es: „namque etiam ad tantas respeximus successiones, *ut non remaneat sine aditione ipsius morientis hereditas*“ [52]). Diesem gemäß werde denn auch an anderen Stellen von einer nicht angetretenen Erbschaft gesprochen. Dahin gehören folgende Aeusserungen: „Si heredes — non adeant hereditatem“ [53]); „si

Ansicht, als die hier vertheidigte, indem sie nur von dem Erben spricht, welcher seines bereits erworbenen Rechts zur Strafe beraubt werde. Die entgegenstehende Ansicht ist daher wohl erst später aufgekommen. Uebrigens vergl. noch Francke Beiträge u. s. w. S. 150. u. 158., nach dessen Untersuchungen diese Ansicht überhaupt nicht viele Anhänger zählt.

50) Zepernick Diss. I. de test. dest. §. XLIII.

51) Nov. 1. pr. §. 1. Cap. 1. §. 4.

52) Nov. 1. cap. 1. §. 3. in f.

53) Nov. 1. cap. 1. §. 1.

vero nullus horum, quorum testamentum mentionem fecit, voluit adire“ [54]); „damus omnibus talibus licentiam et aditionis, et pro herede gestionis“ [55]), u. a. m. [56]). Und wenn geſagt werde: „post eum, qui jam exclusus est a lege nostra vocetur“ u. ſ. w. [57]), ſo gehe dies auf den Erben, welcher den Willen des Teſtirers verachte, alſo nicht Erbe werden wolle. Beſtätigt werde dies auch durch die im zweiten Cap. der Novelle enthaltene Beſtimmung, daß der Teſtirer den Abzug der Falcidiſchen Quart wirkſam verbieten dürfe, indem ja auch daraus erhelle, wie ſehr dem Kaiſer daran liege, daß letztwillige Dispoſitionen in der Art, wie ſie ausgeſprochen ſeien, auch erfüllt würden [58]). Darum dürfe man aber freilich noch nicht mit Vinnius [59]) u. a. Rechtslehrern annehmen, daß ſeit der Novelle von einem testamentum destitutum überall nicht mehr, oder doch nur in ſeltenen Fällen die Rede ſeyn könne. Deſtituirt werde ein Teſtament nach wie vor aus den nämlichen Gründen, wie im älteren Rechte; nur die Wirkungen des dest. test. habe Juſtinian wenigſtens für den Fall, wo der Erbe die Erbſchaft verſchmähe, anders beſtimmt [60]).

54) ibid.

55) Cap. 1. §. 4.

56) — — „ita de cetero — adire, et quae relicta sunt implere — —; ut detur licentia aditionis;“ cap. 1. §. 1.

57) Cap. 1. §. 1.

58) Diss. I. §. XLIX. u. Diss. II. §. VII.

59) ad §. 4. I. *quib. mod. test. infirm.*

60) Zepernick Diss. II. §. I — VII.

Indeſſen auch zugegeben, daß durch den angeführten Zweck des Geſetzes die Anwendung der Vorſchrift auf den Fall einer ausgeſchlagenen Erbſchaft an ſich vollkommen gerechtfertigt erſcheine, ſo fragt es ſich doch: dürfen wir uns erlauben, dies durch bloße Schlußfolgerung aus der ratio legis in die geſetzliche Dispoſition hineinzutragen? Dürfen wir glauben, daß der Geſetzgeber eine ſo wichtige Rechtsänderung ſtillſchweigend habe einführen wollen, — daß er gerade den Fall, in Beziehung auf welchen bisher ein ſo völlig verſchiedenes Recht galt, überall nicht erwähnt haben ſollte, hätte er wirklich beabſichtigt, ihn in ſein Geſetz mit einzuſchließen? Unmöglich. Der Fall, daß der eingeſetzte Erbe ſich mit der Erbſchaft überhaupt nicht befaſſen will, liegt doch gewiß viel näher, wie der, daß er nach erfolgtem Erwerbe der Erbſchaft die Erfüllung der teſtamentariſchen Auflagen verweigert. Wollte daher der Kaiſer für beide Fälle ein Präjudiz aufſtellen, ſo iſt doch wohl zu erwarten, daß er zunächſt die Wirkungen der ausgeſchlagenen Erbſchaft beſtimmt, und ſodann erklärt haben würde, ein Gleiches ſolle auch wegen verweigerter Erfüllung der teſtamentariſchen Auflagen gelten. Nun aber iſt nur der ſeltenere Fall normirt, und hieraus will man wegen par ratio auch den gewöhnlicheren und wichtigeren entſcheiden! Schlußfolgerungen aus der ratio legis müſſen aber der Interpretation nach der Abſicht des Geſetzgebers weichen. Könnte indeſſen über dieſe Abſicht auch noch ein Zweifel obwalten, ſo würde doch jedenfalls der Umſtand für eine ſtricte Interpretation entſcheidend ſeyn, daß das Geſetz zur Claſſe der blos correctoriſchen gehört [61]). Ueberhaupt

61) Vgl. Thibaut log. Interpretation §. 20.

aber fragt es sich noch, ob denn in der That das angeführte Motiv als eine zu weiterer Anwendung des Gesetzes sich eignende ratio legis anzusehen sei? Und dazu dürfte es denn doch wohl viel zu allgemein seyn[62]). Denn was ließe sich aus dem Zwecke, zu bewirken, daß nicht leicht ein letzter Wille unerfüllt bleibe, Alles folgern, woran der Gesetzgeber sicher nicht gedacht hat! Was endlich die oben angeführten Aeusserungen anbetrifft, welche die buchstäbliche Bestimmung enthalten sollen, daß die Novelle auch den Fall der überall nicht angetretenen Erbschaft vor Augen habe, so sprechen sie ja auf das allerdeutlichste von den Personen, welche an die Stelle des Haupterben treten sollen, nicht aber von diesem selbst: jenen wird die Erbschaft angeboten, wenn der Haupterbe innerhalb eines Jahres nach erfolgter gerichtlicher Erinnerung die Vermächtnisse nicht erfüllt; wenn die zunächst Gerufenen aber nicht antreten, so soll den auf sie Folgenden das Erbrecht eröffnet seyn, und so immer weiter. Hierauf geht es denn auch, wenn der Kaiser sagt: er habe die Erbschaft Mehreren nach einander angeboten, indem, wenn auch der Eine nicht antreten wolle, doch zu hoffen sei, daß der Andere dazu bereit seyn werde[63]). Weshalb ferner die Aeusserung: nach dem durch das Gesetz ausgeschlossenen Haupterben werde ein Anderer gerufen[64]), gerade von einer Ausschließung von dem Antretungsrecht verstanden werden müsse? ist nicht einzusehen, indem ja auch derjenige von einer Erbschaft ausgeschlos-

62) Vergl. mein Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I. §. 61. Note 4.

63) Cap. 1. §. 3.

64) Cap. 1. §. 1.

sen ist, den das Gesetz seines bereits erworbenen Erbrechts wieder beraubt. Auch fehlt es nicht an Gründen, welche direct dafür beweisen, daß die Absicht des Gesetzgebers in der That nur auf die Ausschließung des Erben von der ihm bereits erworbenen Erbschaft gerichtet war. Durchgängig ist die Rede von dem Erben, welcher die ihm obliegenden Verbindlichkeiten zur Erfüllung der testamentarischen Auflagen vernachlässige. Eine Verbindlichkeit des Erben und deren Vernachlässigung setzt aber doch gewiß voraus, daß ihm die Erbschaft bereits erworben sei. Ja im Eingange äussert der Kaiser über die Veranlassung seines Gesetzes sich geradezu dahin: es gebe Menschen, welche schlecht genug dächten, eine Erbschaft an sich zu reissen, den Willen des Testirers aber unerfüllt zu lassen [65]), und in dem Schlußcapitel heißt es wiederum: es sei dafür Sorge getragen, daß die Auszahlung der Vermächtnisse nicht zu lange verzögert werde, indem dies innerhalb eines Jahres nach angetretener Erbschaft, welches jedoch (wie bereits bemerkt worden) von dem Zeitpunct der gerichtlichen Erinnerung anzurechnen sei, geschehen solle [66]). Der Gesetzgeber beabsichtigt also keinen indirecten Zwang zur Erbschaftsantretung durch seine Disposition, sondern es soll nur bewirkt werden, daß die Vermächtnißnehmer so schnell wie möglich zu dem, was ihnen gebührt, gelangen, und darum sollen gewissenlose oder höchst nachlässige Erben ihres Rechts beraubt

65) Praef. §. 1.

66) Nach der wesentlich richtigen Uebersetzung der Vulgata: „necessitatem imponentes, omnino intra annum post aditionem et legata solvi, et quae a testatore sunt relicta compleri.“ —

werden. Offenbar hängt diese Bestimmung mit dem früheren Recht zusammen, wonach derjenige, welcher der testamentarischen Auflage nicht gehorchte, als indignus das ihm Zugewandte an den Fiscus verlor [67]). Für einen besonderen Fall hatte Justinian dies Recht schon früher etwas modifizirt [68]), in der Novelle aber ändert er es ganz allgemein dahin ab, daß eine Zeit bestimmt ist, binnen welcher die Erfüllung geschehen soll, der Verlust des Erbrechts nicht mehr aus dem Gesichtspunct der Indignität Statt findet und der Fiscus erst nach manchen Anderen zur Erbschaft gerufen wird. So hängt denn also dies Recht mit dem früheren auf das genaueste zusammen und man braucht nicht eine so gewaltsame Aenderung, ja fast gänzliche Umkehrung desselben anzunehmen, wozu man sich genöthigt sieht, wenn man glaubt,

67) Paulli sent. rec. Lib. III. Tit. 5. §. 13. L. ult. in f. C. *de fideic.* (VI. 42.). — Den Zusammenhang der Novelle mit dem Indignitätsrechte hat schon Irnerius erkennt, indem er hier aus der Nov. 1. die *auth.* Hoc amplius einschaltete. Besonders aber s. m. die treffliche Erörterung von Cujacius in der Exposit. Nov. ad h. t.

68) Nach der L. 33 pr. C. sollen zu Erben eingesetzte Descendenten, wenn sie ihren auf den Pflichttheil beschränkten Geschwistern diesen nicht in Güte auszahlen wollen, denselben noch den dritten Theil mehr, als ihnen ausgesetzt ist, zahlen müssen. Cujacius in der Note zu Paulli sent. rec. III. Tit. §. 13.; bei Schulting in der Jurisprud. vet. Ante-Justin. p. 352. Note 28. Vergl. Marezoll in der von ihm, Linde und v. Weninge-Ingenheim herausgegeb. Zeitschr. für Civilr. und Proceß Bd. III. Abh. XX.

daß Justinian ein destituirtes Testament vor Augen gehabt habe.

Herr von Löhr, welcher übrigens den Zusammenhang dieser gesetzlichen Disposition mit dem Rechte der Indignität keineswegs verkennt [69]), glaubt indessen, daß sich eine noch nicht erwähnte (am Schlusse des zweiten Capitels enthaltene) Bestimmung der Novelle nur durch die Voraussetzung erklären lasse, daß jene Disposition auch auf ein destituirtes Testament zu beziehen sei. Der Kaiser ordnet hier nämlich an, daß der Testirer den Abzug der Falcidischen Quart untersagen dürfe, und bestimmt hiernächst: der Erbe könne wählen, ob er dem Testirer gehorchen, oder die Erbschaft den oben genannten Personen überlassen wolle. Diese zweite Alternative wird in der (mit dem griechischen Text wesentlich übereinstimmenden) Vulgata so ausgedruckt: aut si parere noluerit, eum quidem *recedere ab hujusmodi institutione*, locum vero fieri (sicut dudum praediximus) substitutis; et coheredibus, et fideicommissariis, et legatariis, et iis, qui ab intestato sunt, et aliis, secundum prius a nobis inventam in talibus viam.“ Diese Worte sagen nun eben nichts Anderes, als was in dem ersten Capitel ohne besondere Rücksicht auf die Falcidische Quart angeordnet war: will der Erbe den letzten Willen nicht der Vorschrift gemäß erfüllen, so muß er sein Recht aufgeben und den genannten Personen Platz machen. Allein Julianus giebt in seinem lateinischen Novellenauszuge diesen Gedanken auf folgende Art wieder: „sin autem *repudiaverit* hereditatem, locus

69) S. dessen angef. Aufsatz im Arch. für civ. Pr. Bd. V. S. 391.

fiat substitutis" u. s. w. [70]). Löhr geht nun davon aus, daß Julian als unverwerflicher Zeuge darüber, wie man zu Justinian's Zeit die Novelle verstanden habe, angesehen werden müsse, und argumentirt hiernächst also: daß die angegebenen Worte eine Erweiterung der Verordnung Justinian's für diesen speziellen Fall enthalten, lasse sich nicht wohl annehmen. Denn weshalb sollte man den Vermächtnißnehmer gerade für den Fall, wenn der Testirer den Abzug der Quart verboten hat, mehr begünstigt haben, als da, wo der Testirer es bei der gesetzlichen Regel bewenden läßt? Es sei also viel wahrscheinlicher, daß hier ein allgemeiner Grundsatz nur auf einen speziellen Fall angewandt werde, der nämlich, daß in dem Falle, wenn der eingesetzte Erbe repudiirt, Alles so gehalten werde, wie ehemals bei den caduca, nur modificirt durch die Verfügungen des ersten Capitels dieser Novelle, wobei denn entweder eine verloren gegangene Verordnung Justinian's zum Grunde liege, oder, noch wahrscheinlicher, ein durch Gewohnheit anerkannter Rechtssatz. Eins oder das andere müsse man freilich annehmen, da sich auch nicht entfernt eine Spur finde, daß eine eigentliche Neuerung durch diese Disposition beabsichtigt sei. Auf eine besondere Verordnung könnten allenfalls die Worte bezogen werden: sicut dudum praediximus; für die Annahme eines Gewohnheitsrechts dagegen spreche der Umstand, daß diese gesetzliche Verfügung sich aus keiner der uns bekannten Verordnungen Justinian's erklären lasse. Dieser Grundsatz nun lasse sich auf folgende Art ausdrücken: in jedem Falle, wo der Testamentserbe eine ihm angebotene Erb-

70) Epitome Novellarum Const. I. Nr. 2.

ſchaft nicht erwerben will, tritt der im erſten Capitel des Geſetzes beſtimmte Weg ein, d. h. es wird die Succeſſion in jener Reihenfolge den Perſonen, welche das Geſetz nennt, angeboten. Auch ſei dies nur eine ziemlich natürliche Ausdehnung und Vereinfachung des bereits durch das Pegaſianiſche Senatusconſult eingeführten Satzes, daß der Erbe, welchem ein fideicommissum hereditatis auferlegt worden, wenn er die Erbſchaft nicht antreten wolle, zur Antretung und Herausgabe derſelben gezwungen werden könne [71]). Dieſes Recht ſei nur auf die ſonſtigen Honorirten ausgedehnt, auch werde es jetzt durch das Geſetz ſelbſt vermittelt, d. h. ein Zwang zur Antretung finde nicht Statt, ſondern die nach dem Haupterben berufenen Perſonen ſeien ipso jure zum Erwerbe der Erbſchaft berechtigt, weshalb denn auch die kleinen Vortheile, welche dem zur Antretung gezwungenen Erben nach dem Sctum Pegasianum noch verbleiben, hier ganz wegfallen [72]).

Was nun zuvörderſt die Analogie zwiſchen dem erwähnten Rechte des Pegaſianiſchen Senatusconſults und dem hier zur Frage ſtehenden anbetrifft, ſo ſcheint dieſe doch in der That zu weit hergeholt zu ſeyn. Der Univerſalfideicommiſſar ſoll nach dem Willen des Teſtirers die Erbſchaft (ganz oder zu einer Quote) haben; daß hier alſo des Geſetz dem Willen das Teſtirers etwas zu

71) Gaji inst. II. §. 258. Vgl. mit §. 6. I. *de fideic. heredit.*

72) v. Löhr a. a. O. S. 396 fgg. — Hauptſächlich gegen die Löhr'ſche Ausführung gerichtet iſt Francke in den Beiträgen zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien Abh. VI. §. 7. S. 148 fgg.

zu Hilfe kommt, liegt gewiß sehr nahe. Wenn dagegen das Gesetz die Singularvermächtnißnehmer, und wenn es selbst die Intestaterben an die Stelle des Testamentserben ruft, so kann man wahrlich nicht sagen, daß der Testirer dies gewollt habe, und nur eine zur Realisirung seiner Absicht noch fehlende Form durch das Gesetz herbeigeführt, oder ergänzt werde. Schwerlich läßt sich daher die Justinianische Neuerung als eine natürliche Ausdehnung des Senatus Pegasianum betrachten, man mag sie nun buchstäblich verstehen, oder auf ein testamentum destitutum beziehen. Es würde sich vielmehr, wenn die letztere Beziehung für wahr gehalten werden dürfte, nirgends für sie ein Anknüpfungspunkt in dem früheren Rechte nachweisen lassen, wie denn Löhr dies auch in der That dadurch anerkennt, daß er das Vorhandenseyn eines unbekannten Gesetzes oder einer gewohnheitsrechtlichen Norm postulirt. Allein der Beweis für diese Annahme reduzirt sich lediglich darauf, daß kein Grund vorhanden sei, weshalb den Vermächtnißnehmern ein besseres Recht für den Fall zugestanden seyn solle, wenn der Testirer den Abzug der Falcidischen Quart verboten habe, wie für die übrigen Fälle. Wir wollen dies gerne zugeben [73]). Worauf beruht denn aber der Beweis, daß die am Schlusse des zweiten Capitels enthaltene Bestimmung sich auf die Ausschlagung einer noch nicht erworbenen Erbschaft beziehe? Der Zusammenhang der Stelle führt

73) Als ein besonderes Recht für den Fall, wenn der Testirer den Abzug der Quart verboten, sieht übrigens diese Vorschrift an *Fr.* Balduinus in comment. ad Nov. 1. (in der Jurisprud. Rom. et Att. p. 1206. Vgl. mit p. 121 fgg., wo die Vorschrift des Cap. ganz richtig aus dem Gesichtspunct der Indignität erklärt ist).

viel eher auf das Gegentheil. Es ist nämlich in dem zweiten Capitel von dem Abzug der Falcidischen Quart die Rede. Der Kaiser wird auch hierauf durch den Gedanken geleitet: der Erbe soll dem Willen des Testirers nachkommen. Zwar gestattet ihm das Gesetz den Abzug der Falcidia, allein es knüpft dies Recht an die auf gewisse Weise und binnen bestimmter Zeit erfolgte Errichtung eines Inventars. Wer dies vernachlässigt, den trifft nur die verdiente Strafe, wenn er jenes Rechts beraubt wird [73a]). Also hier, wie in dem Falle, welchen das erste Capitel zum Gegenstande hat, wenn nämlich die Vermächtnisse binnen Jahresfrist nicht ausgezahlt werden, ist der Grund des gesetzlichen Nachtheils Bestrafung des bösen Willens oder der Nachlässigkeit des Erben, welcher die ihm obliegenden Verbindlichkeiten nicht erfüllt. Hierbei bezieht sich denn der Gesetzgeber sehr bestimmt auf sein früheres Gesetz über das beneficium inventarii [74]), auf die L. ult. C. *de jure deliberandi*, worin geordnet ist, daß der Erbe die Erbschaft ohne Nachtheil erworben haben solle, wenn er das vorschriftsmäßige Inventar errichte. Es ist also die Errichtung eines Inventars — falls sich der Erbe nicht etwa ein spatium deliberandi geben läßt — mit dem Erbschaftserwerbe verbunden, wie denn dies auch in unserer Stelle selbst deutlich vorausgesetzt wird [75]). Hiernächst bestimmt

73a) So bestimmt es ausdrücklich der §. 2. des zweiten Capitels unserer Novelle.

74) Cap. 2. §. 1. zu Anfang.

75) *Ibid.* „Fiat igitur inventarium ab herede metuente, ne forte non habeat post debita et legata Falcidiam, secundum modum et tempora, per quae

der Kaiser im ununterbrochenen Zusammenhange: wenn der Testirer erklärt habe, daß die Falcidische Quart überhaupt nicht abgezogen werden solle, so sei auch in diesem Punct sein Wille zu befolgen, und wolle der Erbe sich diesem nicht unterwerfen, so könne er von dem Erbrechte wieder zurücktreten und dasselbe den Personen überlassen, welche im ersten Capitel erwähnt seien. Es ist dabei ein Ausdruck gebraucht, welcher zwar allenfalls auf Repudiation des Erbrechts bezogen werden könnte, indessen doch eigentlich ein Zurücktreten von einem bereits erworbenen Recht bedeutet —: ἀνάχωρῆσαι τῆς τοιαύτης ἐνστάσεως [76]). So bleibt denn also eigentlich nur die Autorität des Epitomator Julianus übrig, derentwegen angenommen werden soll, daß der Schlußsatz des zweiten Capitels von der Ausschlagung der Erbschaft zu verstehen sei, und darum denn auch die Vorschrift des ersten Capitels so verstanden werden müsse. Ein solcher Schluß würde an sich schon immer sehr bedenklich erscheinen, indem er lediglich darauf beruht, daß die letzte Vorschrift nicht hinreichend motivirt erscheine. Indessen kann ja doch eines Theils das Ansehen Julian's hier nicht so schlechthin entscheidend seyn, da es nicht an Beispielen fehlt, daß er den Sinn der epitomirten Novelle nicht durchaus richtig wieder gegeben, anderen Theils kann auch der Ausdruck repudiatio sehr wohl von dem

dudum sancivimus, quando homines excepimus ex damno rerum suarum, *in additionibus statuentes* onera usque ad substantiae relictae quantitatem" u. s. w.

76) S. Cujacius in der expos. Nov. zu dem Worte ἀναχωρῆσαι. Francke a. a. O. S. 149 fg.

Aufgeben eines bereits erworbenen Erbrechts verſtanden werden, zumal wenn man den Geſammtinhalt des Capitels berückſichtigt. An eine inſolvente Erbſchaft iſt hierbei nämlich nicht entfernt gedacht. Wenn der Erbe, heißt es, im §. 1. befürchtet, daß ihm nach Bezahlung der Schulden und der Vermächtniſſe die Falcidia nicht bleiben möge, ſo könne er ſich ſein Abzugsrecht durch Errichtung eines Inventars ſichern. Verbiete der Teſtator dieſen Abzug, ſo müſſe zwar der Erbe ſich dies gefallen laſſen, er könne aber auch ſein Recht wieder aufgeben, wenn er ſich den teſtamentariſchen Verbindlichkeiten nicht unterziehen wolle. Da hierbei nun ganz offenbar eine ſolvente Erbſchaft vorausgeſetzt wird, ſo darf man allerdings das Abgehen von dem letzten Willen aus dem Geſichtspuncte eines freiwilligen Aufgebens vor Rechten betrachten.

So möchte denn doch alſo die Anſicht, daß ein deſtituirtes Teſtament das Eintreten der reinen Inteſtaterbfolge bewirke, die überwiegenden Gründe für ſich haben [76a]). Auch läßt ſich dieſelbe gegenwärtig als die gemeine Meinung anſehen. Die neueren Lehrbücher und Commentare kennen kaum eine andere, und wenn ja die Controverſe irgendwo erwähnt wird, ſo wird doch die hier widerlegte Anſicht verworfen [77]).

76a) Die richtige Meinung haben auſſer Cujacius und Francke (ſ. Note 72.) ausführlich vertheidigt Lauterbach in der angef. Diſſ. §. 27 fgg. und *Sam.* Stryk tr. de succ. ab. int. Diss. I. Cap. I. §. XXX—LVI.

77) Gemisbilligt wird die entgegenſtehende Anſicht namentlich von Hofacker pr. jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1351. Note c. Günther princ. jur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 789. Note b. Thibaut Lehrbuch des Pand.

Es ſoll nunmehr das Reſultat der bisherigen Erörterungen über das testamentum destitutum, unter beſonderer Berückſichtigung der noch nicht zur Sprache gekommenen Puncte zuſammengeſtellt werden.

Deſtituirt heißt ein Teſtament, wenn der zur Zeit der Errichtung deſſelben fähige Erbe die Erbſchaft nicht haben will, oder aus irgend einem Grunde nicht erwerben kann. Iſt für einen ſolchen Fall keine Subſtitution angeordnet [78]), ſo tritt Inteſtaterbfolge ein. Eine bereits erworbene Erbſchaft aber kann man nicht wieder aufgeben, wenn man nicht als suus heres von dem beneficium abstinendi Gebrauch macht [79]), als extraneus

Rechts Bd. II. §. 983. Note k. (d. VIII. Aufl.) Schweppe das Röm. Privatr. in ſeiner heut. Anwendung Bd. V. §. 872. a. E. Note 3. (nach der 4ten Ausg. von Mejer). v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. nach Heiſe Bd. 3. Buch §. 110. Note c. u. §. 175. Meinet doctr. Pand. Vol. III. §. 784. Note 2. Seuffer Lehrb. des pract. Pand. Rechts Bd. III. §. 551. Note 3. *A.* Haimberger jus Rom. privat. T. III. §. 336. Note a., und eben ſo in der deutſchen Bearbeitung dieſes Buchs. Warnkönig comment. jur. Rom. priv. T. III. §. 1084. Note 5. — Ganz unerwähnt geblieben iſt dieſe Meinung bei von Hartitzſch das Erbrecht nach Röm. und heut. Rechten §. 422. Unbeſtimmt äuſſert ſich Höpfner Commentar üb. die Inſtitutionen §. 522. N. 2. Nur Mackeldey billigt ſie, in dem Lehrb. des heutigen Röm. Rechts §. 675. Note c.

78) Mit der ſehr überflüſſigen Unterſuchung: ob ein Teſtament deſtituirt genannt werden könne, wenn es zum Subſtitutionsfall kommt? beſchäftigt ſich Zepernick diss. II. §. IX. Vgl. unten den Text zur Note 97.

79) §. 2. in f. I. *de hered. qual. et differ.*

oder ſ. g. voluntarius heres aber aus beſonderen Gründen gegen die Antretung der Erbſchaft reſtituirt wird [80]). Auſſerdem kann dem Erben die bereits angetretene Erbſchaft wieder entzogen werden, theils wegen Indignität [81]), theils — nach der Beſtimmung der Novelle 1. — wenn er binnen Jahresfriſt nach erfolgter Antretung und gerichtlicher Aufforderung die teſtamentariſchen Auflagen nicht erfüllt. Jedoch behalten eingeſetzte Notherben ihren Pflichttheil [82]) und Minderjährige ſind von dieſer geſetzlichen Dispoſition ganz ausgenommen [83]). Auch iſt dabei vorauszuſetzen, a) daß die Auflagen an ſich giltig

80) Vgl. über die Reſtitutionsgründe meine doctr. Pand. Vol. III. §. 785.

81) Die Erörterung der einzelnen Indignitätsfälle und die Unterſuchung über die practiſche Bedeutung derſelben muß hier noch ausgeſetzt werden. S. unten Buch XXXV. Tit. 9. (*de his, quae ut indignis auferuntur*).

82) Nov. 1. cap. 1. §. 1. Dieſe Beſchränkung wird hier zwei Mal erwähnt; das zweite Mal aber überſetzt die Vulgata die dahin gehörigen Worte ganz falſch durch: „et legitima per hanc legem parte *exclusus*.“ Das Original hat περικλεισθέντα, was durch *conclusus*, d. i. beſchränkt, nämlich auf den Pflichttheil, wieder gegeben werden muß. S. *Ant.* Contius in ſeiner Ausg. der Novellen, ad voc. *exclusus*. *Fr.* Balduinus ad eund. loc. (in der jurisprud. Rom. et Att. T. I. p. 1203.) Cujacius ad eund. loc. Zepernick diss. I. p. 89. — Uebrigens darf man wohl unbedenklich annehmen, daß auch der Ehegattin ihrer ſ. g. ſtatutariſchen Portion wegen dies nämliche Recht zuſtehe, indem daſſelbe ihr nicht willkührlich entzogen werden darf. S. Stryk diss. cit. §. XXXVII.

83) Nov. 1. c. 4. §. 1.

angeordnet seien [84]), also überhaupt eine Verbindlichkeit zu ihrer Erfüllung Statt findet, weshalb denn namentlich gesetzwidrige oder unschickliche Bedingungen auch hier für gar nicht geschrieben zu halten sind [85]); ferner b) daß die Disposition nicht eine solche ist, welche ohne das Zuthun des Erben verwirklicht wird [86]), wie Freiheitsertheilungen [87]); endlich c) daß nicht der Testirer ein anderes Präjudiz für den Fall der Nichterfüllung festgesetzt hat. Das Gesetz beschränkt nämlich nur das Recht des Erben, nicht die Dispositionsbefugniß des Testators; der von demselben angeordnete Nachtheil muß also hier an die Stelle des gesetzlich bestimmten treten [88]). — Wie nun aber, wenn der Testirer verfügt hat, daß im Nichterfüllungsfalle der Erbe seines Erbrechts beraubt werden solle? Hat er bestimmt, wer alsdann an des Erben Stelle treten solle, so behält es dabei sein Bewenden. Ist aber nur allgemein gesagt: er solle seines Erbrechts verlustig gehen, so nimmt man gewöhnlich an, daß die Intestaterbfolge eintrete [89]). Doch dürfte wohl die bekannte Interpretationsregel für Privatdispositionen: es sei im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Disponent von der gesetzlichen Bestimmung sich entfernt habe [90]), ein

84) Cap. 1 pr.

85) Stryk l. l. §. XXXII. u. XXXIV.

86) *ibid.* — „vel si non fiat ab eo, qui honoratus est, tamen ratum esse expresse jam demonstrat.“

87) Stryk l. l. §. XXXIII.

88) Arg. L. 27 D. *de condit. et demonstr.* (XXXV. 1.). — Stryk l. l. §. XXXVIII.

89) Stryk l. l. §. XXXIX.

90) L. 16. D. *de cond. et dem.*

Anderes mit sich bringen. Der Testirer hat ja nicht zu irgend jemandes Gunsten verfügt, sondern nur den Erben ausgeschlossen; dieser Zweck aber wird vollkommen eben so gut erreicht, wenn es bei der durch das Gesetz bestimmten Successionsart bleibt, als wenn es sofort zur Intestaterbfolge kommt.

Betrachten wir nun noch den Unterschied zwischen den Wirkungen der eigentlichen Repudiation eines Erbrechts und der Ausschließung von demselben nach der Vorschrift der Nov. 1, so ergiebt sich zuvörderst: daß auf den, welcher überall nicht Erbe wird, auch keine erbrechtliche Verbindlichkeiten übergehen können. Dagegen können diejenigen, welche durch die Erbschaftsantretung ein Recht wider den Erben erhalten haben, dieses auch durch die Gewissenlosigkeit oder Negligenz desselben nicht wieder verlieren. Es folgt daraus, daß der Haupterbe den Gläubigern und Vermächtnißnehmern nach wie vor verpflichtet bleibt, wenn keine der Personen, denen nach der Novelle das Successionsrecht angeboten wird, es haben will. Das Gesetz enthält hierüber zwar keine ausdrückliche Bestimmung. Allein sie schränkt ja nur das Recht des Haupterben ein, — sie bedroht lediglich diesen mit einem Nachtheil, wenn er binnen der bestimmten Frist dem Willen des Testirers nicht nachkommen würde. Die Vermächtnißnehmer, wenn sie die Reihe trifft, können gegen Cautionsleistung an die Stelle des Haupterben treten. Aber von einer Zwangsverbindlichkeit dazu ist nicht die Rede, und eben so wenig davon, daß sie, wenn sie es ablehnen, der wider den Erben ihnen einmal erworbenen Rechte wieder verlustig gehen. Die hier dargestellte Ansicht hat also außer Zweifel die Consequenz für sich[91]).

91) Stryk l. l. §. L.

Andere Verschiedenheiten ergeben sich ebenfalls leicht durch eine folgerichtige Argumentation aus bekannten erbrechtlichen Prinzipien. So folgt daraus: 1) daß mit Ausnahme der Fälle, in welchen der Universalfideicommissar den Fiduciarerben zum Antritt oder zur Restitution zwingen kann, oder diese als geschehen angenommen wird, die Vermächtnißnehmer kein Recht an dem erbschaftlichen Vermögen haben, wenn der Haupterbe repudiirt [92]). 2) Die Ausschlagung des noch nicht erworbenen Erbrechts begründet ein sofortiges Recht der Intestaterben; hier kann mithin von einem Vorrechte der Vermächtnißnehmer überall nicht die Rede seyn, und eben so wenig bedarf es zur Begründung des Intestaterbfolgerechts noch irgend eines Zeitablaufs, sondern dies tritt ein, sobald die Repudiation erfolgt ist [93]). Daraus ergiebt sich aber weiter von selbst 3) daß auch Enterbte nicht durch andere Intestaterben ausgeschlossen werden, indem, wenn einmal die Intestaterbfolge deferirt ist, die Enterbung auch keine Wirkung mehr haben kann [94]). Ferner 4) können die Intestaterben, da sie als solche erben, nicht zur Auszahlung von Vermächtnissen verpflichtet gehalten werden, falls nicht die Codizillarclausel dem Testamente hinzugefügt ist; denn daß diese das destituirte Testament

92) L. 9. D. *de test. tut.* L. 73. pr. in f. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2.). — Stryk l. l. §. LIV. Nr. 2.

93) Lauterbach diss. cit. §. 38. Francke a. a. O. S. 152.

94) L. ult. D. *de lib. et postum.* (XXVIII. 2.). L. 1. §. ult. D. *si tab. test. nullae extab.* (XXXVIII. 6.). — S. oben Bd. 35. d. Comment. S. 394. Not. 11. Nr. b. Bd. 36. S. 338. Note 41. Bd. 37. S. 271 fgg. (Nr. d.). — Vgl. Francke Notherbenrecht S. 141. und S. 386 fgg.

in einen codicillus ab intestato verwandle, folglich die Intestaterben zur Erfüllung der Dispositionen verpflichte, welche in Codizillen angeordnet werden können, ist die gemeine und auch richtige Meinung [95]). Endlich 5) fällt das Vermögen dem Fiscus an, wenn auch die Intestaterben die Erbschaft nicht haben wollen; von einem Vorzuge dritter Personen vor dem Fiscus kann also im Fall der Repudiation des Erbrechts nicht die Rede seyn [96]).

Noch giebt es in dieser Lehre einige Controversen, die aber ihrer großen Unbedeutendheit halber nur ganz kurz berührt werden dürfen. Man fragt nämlich: ist ein Testament für destituirt zu halten, wenn der Substitut an die Stelle des heres institutus tritt, — oder wenn die nicht erworbene Erbschaft außerordentlicherweise auf die Erben des Erben transmittirt wird, — oder wenn der Erbe als indignus sein Recht verliert?

Die erste Frage ist nun wohl ohne alles Bedenken zu verneinen. Denn wie kann man ein Testament destituirt nennen, wenn aus demselben ein durch den Willen des Erblassers bestimmter Erbe existirt [97]). Dagegen

95) *J. T.* Seeger vis et facultas clausulae codicillaris testamento destituto. Lips. 1767. Höpfner Comment. §. 522. Note 2. a. E. — Zwar fehlt es dieser Meinung nicht an Gegnern (siehe z. B. *R. C.* Henne diss. de vi et potestate clausulae codicillaris testamentis, quae ex post infirmantur, adjectae. Erford. 1773. Allein da hier weder directe Erbeseinsetzungen noch Enterbungen durch die Codizillarclausel aufrecht erhalten werden sollen, so ist die gemeine Meinung leicht zu rechtfertigen. Doch kann hiervon erst unten bei §. 1516. die Rede seyn.

96) Stryk l. l. §. LIV. Nr. 6.

97) S. die Note 78.

wird die zweite Frage von Zepernick hauptsächlich aus folgenden Gründen, bejaht: der ernannte Erbe sei vor dem Erwerbe des Erbrechts weggefallen und an seine Stelle trete Jemand, den der Testirer nicht berücksichtigt habe; hier seien mithin alle Merkmale eines destitutum testamentum vorhanden [98]). Indessen trage ich kein Bedenken, auch diese Frage verneinend zu beantworten. Das Gesetz gestattet dem Erben des Erben die diesem deferirte Erbschaft anzutreten. Hier wird also das Recht des ernannten Erben als ein noch nicht untergegangenes gedacht, indem es sonst ja nicht auf seine Erben vererbt werden könnte. Daß es wider die sonstige Regel durch ein beneficium legis (man könnte sagen: durch gesetzliche Fiction) aufrecht gehalten wird, kann in der Sache selbst nichts ändern. Immer erscheint der ernannte Erbe noch als der eigentlich Berechtigte, und die Intestaterbfolge wird auf den Grund der Disposition des Testirers ausgeschlossen [99]), so daß mithin auch die Wirkung fehlt, welche nach der richtigen Ansicht als Folge eines destituirten Testaments eintreten muß. — Uebrigens lassen sich an diese Streitfrage überall keine practische Folgen anknüpfen, da von Niemandem in Abrede gestellt werden kann, daß der Erbe des Erben, wenn er antritt, die testamentarischen Auflagen so gut, wie dieser selbst, zu erfüllen habe; schlägt er die Erbschaft aus, so treten nun freilich die gewöhnlichen Wirkungen eines destituirten Testaments ein.

Zweifelhaft scheint die dritte Frage, wenn der Erbe wegen Indignität seines Rechts beraubt wird. Dabei

98) Zepernick Diss. II. de test. dest. §. VIII.

99) Meine doctrina Pand. Vol. III. §. 702. a. E.

pflegt man denn zu unterscheiden: ob dies nach erfolgter Antretung oder vorher geschieht. Im ersteren Falle sei das Testament nicht destituirt; und eine andere Meinung darf auch schon darum nicht angenommen werden, weil ja der indignus selbst in gewissem Betrachte noch als wirklicher Erbe erscheint, indem die ihm nachtheiligen Wirkungen der Confusion bestehen bleiben [100]). Im zweiten Falle dagegen ließe sich noch eher von einem destituirten Testamente sprechen, indem der indignus in der That ganz aufhört Erbe zu seyn, auch Jemand an seine Stelle tritt, den der Testirer nicht ernannt hat. Indessen zerstört es alle Bestimmtheit juristischer Begriffe, wenn man die Rechte nach einer oft zufälligen Uebereinstimmung ihrer Wirkungen classifiziren will [1]). Ein destitutum testamentum setzt voraus, daß der Erbe entweder die Erbschaft nicht haben will, oder eine physische oder juristische Unfähigkeit (Mangel der passiven testamenti factio) desselben eintritt. Indignität begründet ja keineswegs einen solchen Mangel, und kann überhaupt nur in besonderen Beziehungen (als relativer Ausschließungsgrund) wirksam seyn. Es kommt aber noch hinzu, daß ja selten wegen Indignität die Intestaterbfolge eintritt und jedenfalls derjenige, welcher an die Stelle des

100) L. 29. §. 1. D. *de jure Fisci.* (XLIX. 14.). L. 8. L. 17. in f. L. 18. §. 1. in f. D. *de his, quae ut indignis auf.* (XXXIV. 9.).

1) Diese Bemerkung mag zur Beseitigung einer anderen Streitfrage genügen, welche Zepernick in der angeführten zweiten Dissertation §. X. behandelt: „num testamentum fiat destitutum, si heredis institutio pro non scripta habita est?“

indignus tritt, in der Regel auch die diesem im Testamente gemachten Auflagen erfüllen muß [2]).

Daß übrigens nach dem can. Rechte ein Testament nie mehr durch Ausschlagung der Erbschaft destituirt werden könne, indem der Erbe, welcher binnen einem Jahre nicht antrete und die testamentarischen Auflagen erfülle, dazu gezwungen werden könne, — ist eine Meinung, von der man kaum begreift, wie sie überhaupt hat entstehen können [3]). Veranlassung dazu hat das cap. 3. X. *de testam.* (III. 26.) gegeben, welches folgenden Fall betrifft: einer gewissen Theodosia war als Testamentserbin die Erbauung eines Klosters auferlegt worden. Der Bischoff (heißt es nur in unserer Stelle) soll die Erbin erinnern, daß sie diese Auflage innerhalb Jahresfrist erfülle, und wenn dies nicht geschehe, soll er selbst die Ausführung derselben besorgen: „Quam obrem te hortamur, ut eam commoneas, quatenus intra annum monasterium, quod jussum est, debeat ordinare, et cuncta secundum voluntatem defuncti sine altercatione construere. Quod si intra praedictum tempus — — — implere neglexerit, tunc per te aedificetur, et omnia per te loco ipsi (venerabili) sine diminutione qualibet assignentur. Sic enim secundum piissimas leges dilatas defunctorum pias vo-

2) L. 96. §. 1. D. *de leg.* I. L. 60. §. 1. D. *de cond. et dem.* (XXXV. 1.). L. 3. §. 5. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1.) — Vgl. Zepernick Diss. II. §. XII.

3) S. hierüber *C.* Thomasius (resp. Reimers) Diss. de differ. jur. civ. et can. in doctr. de testamentis Cap. I. §. 14. u. Zepernick Diss. II. §. XII., welcher diese Meinung gründlich widerlegt.

luntates episcopali decens est studio adimpleri.“ — Nicht im Entfernteſten iſt hier die Rede von einem Zwang zur Erbſchaftsantretung, im Gegentheil wird offenbar vorausgeſetzt, daß die Erbſchaft angetreten ſei, indem ſonſt von einer Erinnerung an die Erfüllung der Auflage nicht hätte die Rede ſeyn können. Aber auch davon abgeſehen, ſo enthält das päbſtliche Reſcript doch nur eine Anwendung deſſen, was längſt in den Conſtitutionen der chriſtlichen Kaiſer angeordnet war, — daß nämlich die zum Beſten frommer Zwecke gereichenden teſtamentariſchen Anordnungen von den Biſchöfen in Ausführung gebracht werden ſollten, wenn die Erben die Erfüllung verweigern oder ungebührlich verzögern [4]). Auf dieſe „piissimae leges“ nimmt der Pabſt auch ausdrücklich Rückſicht, und daß er zugleich die Beſtimmung Juſtinians in der Novelle 1. dabei vor Augen hatte, ergiebt ſich daraus, daß dem Biſchofe zur Pflicht gemacht wird, ein Jahr nach erfolgter Admonition den vom Teſtirer befohlenen Kloſterbau zu beginnen.

4) Vgl. L. 28. L. 46. L. 48. C. *de episc. et cler.* (I. 3.). Nov. 131. c. 1.

Lib. XXVIII. Tit. IV.

De his, quae in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur.

§. 1434.

Von der physischen Zerstörung eines Testaments und deren regelmäßigen Wirkungen.

Durch den eignen Willen des Testirers wird ein Testament vernichtet, einmal, wenn derselbe das Testament auf gesetzlich vorgeschriebene Art wiederruft; zweitens durch Errichtung eines neuen Testaments, so wie durch physische Zerstörung desselben, oder seines Inhalts. Jenes nennt man die Verbalrevocation, dieses die Realrevocation [5]). Von der ersteren ist bereits ausführlich gehandelt [6]), und eben so von der Realrevocation durch

5) S. Bd. 38. d. Comment. §. 1429. S. 250. — Man kann auch auf die physische Zerstörung des Testaments oder die Realrevocation den Ausdruck *rumpere* beziehen, wie auch von Brissonius de V. S. v. *rumpere* §. 4. geschieht. Doch läßt sich dafür kein Beleg aus den Quellen anführen. Bd. 38. d. Comment. S. 259. Note 46.

6) S. den vorausgehenden Titel Bd. 38. d. Comment. §. 1429. S. 250—334.

Errichtung eines neuen Teſtaments [7]). Den Gegenſtand dieſes Titels bildet die Realrevocation durch eigentliche Vernichtung des Teſtaments oder ſeines Inhalts.

Man vernichtet das Teſtament alſo a) durch äuſſere Zerſtörung deſſelben. Dieſer ſteht völlig gleich ein abſichtliches Zerſchneiden oder Zerreiſſen der Blätter, ſo wie ein Durchſchneiden der Bänder oder Schnüre, womit es verſchloſſen iſt [8]), und ein Zerſtören der Siegel [9]). b) Durch ein Auslöſchen ſeines Inhalts, worauf zunächſt die

7) Bd. 38. d. Comment. §. 1430. u. 1431. S. 334. bis zu Ende des Bandes.

8) Seit dem Neronianiſchen Senatusconſult, deſſen Inhalt uns Jul. Paullus in den sent. rec. Lib. V. Tit. 25. (*ad Legem Corneliam testamentariam*) §. 6. referirt, mußten die Teſtamente (tabulae testamenti) auf eigenthümliche Art zugebunden und verſiegelt werden. Demnächſt aber kam auch der Gebrauch auf, das Teſtament in einen Umſchlag von Leinwand zu hüllen, und hierauf die Siegel zu drücken. (L. 22. §. fin. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII. 1.). Ueber dies Alles ſ. m. Bd. 34. d. Comment. §. 1415 b. S. 432—466. Auf die nach Vorſchrift des Sctum Neronianum — alſo mittelſt einer dreifachen Schnur — verſchloſſenen Teſtamente geht die Aeuſſerung Ulpians: wenn die Schnur drei oder vierfach (wie es wohl zum Ueberfluß zu geſchehen pflegte) umgewickelt ſei, ſo gelte das Teſtament für ein beſiegeltes (tabulae signatae), wenn gleich die eine oder die andere Schnur zerſtört gefunden werde. L. 1. in f. D. *de Bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.). S. über dieſe Stelle Bd. 34. d. Comment. S. 433. Note 60.

9) L. 1. §. 10. D. *de Bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.). L. 1. §. 8. D. *si tab. test. nullae extab.* (XXXVIII. 6.)

die Worte der Titelrubrik zu beziehen sind [10]). Nur die beiden ersteren gehen auf ein Auslöschen oder Vertilgen der Schrift. Bei den mit Wachs überzogenen Tafeln wurde das Niedergeschriebene entweder mittelst der Spitze des Griffels wieder ausgelöscht, was delere hieß, oder mit dem umgekehrten oder breiten Ende desselben überstrichen, und dies nannte man inducere [11]). Letzteres geschah gewöhnlich bei der Correctur des Niedergeschriebenen, weil man alsdann das überstrichene Wachs wieder von Neuem beschreiben konnte [12]), und es ist sehr wahrscheinlich, daß damit auch der Ausdruck *inscribere*, oder der dafür im Text selbst vorkommende: superscribere, ursprünglich wenigstens, zusammenhängt, nämlich, für die Correctur oder die Veränderung, welche auf derselben Stelle, wo das Getilgte sich fand, niedergeschrieben ward. So ist der Ausdruck auch bei Forcellini erklärt, und gerade mit Beziehung auf die Rubrik unseres Titels, als einzige Autorität: „*Inscribere* est etiam veteri scripturae aliam ita inducere, ut, priore obscurata, recentior tantum appareat“ [13]). Und wenn hier hinzu-

10) Die Ausdrücke der Titelrubrik finden sich auch bei Sueton in der vita Neronis, nur mit einer geringen Aenderung des letzten zusammengestellt: „multa et deleta, et inducta et superscripta inerant;“ cap. 52. in f.

11) *Ulr.* Hübер praelect. jur. Rom. Tom. III. ad h. t. §. 1. —

12) S. Adam's Handb. der röm. Alterthümer, herausgegeb. von J. L. Meyer. Zweite Aufl. Bd. II. S. 363. — Daher das Horazische: Saepe stylum vertas; Satyr. I. Sat. 10. v. 72.

13) Forcellini totius latinitatis Lexicon v. *inscribo* in f.

gefügt wird: „differt autem a *superscribere*, id enim est, intacta remanente priore scriptura, aliud superius scribere," so ist diese Erklärung in jedem Falle viel zu enge, indem, wenn man den Ausdruck auch in der jetzt gewöhnlichen Bedeutung versteht, doch jedes Schreiben über dem bereits Niedergeschriebenen, sei es weggestrichen oder nicht, darunter verstanden werden muß. Daß superscribere aber auch die vorhin angegebene Bedeutung von inscribere haben kann, beweist folgende Stelle des Gellius [14]): „cum ita in Catilina [15]) scriptum esset: Saepe majores vestrum miserili plebis Romanae, vestrum obleverunt [16]), et vestrum superscripserunt."

Wenn sich nun aber hieraus erklärt, weshalb gerade jene drei Ausdrücke in den Quellen, woraus die Compilatoren schöpften, gebraucht und zusammengestellt wurden, so soll doch damit nicht geläugnet werden, daß sie schon von den juristischen Classikern auf die spätere und auch heut zu Tage übliche Art zu schreiben und das Niedergeschriebene wieder zu vertilgen, zu verbessern oder zu erklären, bezogen werden, wie denn insbesondere *superscribere* ein Schreiben über der Linie, oder auch eine

14) In den noctes atticae Lib. XX. cap. 6. gegen das Ende.

15) Es ist hier die Stelle in Sallusts Catilina Cap. 34. (oder nach einigen Ausgaben Cap. 33.) gemeint.

16) Dieser Ausdruck deutet recht geflissentlich hin auf die Ausfüllung (Beschmierung) der gelöschten Stelle mit demselben Stoffe, worauf die getilgten Buchstaben standen. Wenn man aber auch mit einigen Editoren lieset: aboleverunt, so steht doch auch dies dem hier angenommenen Sinne durchaus nicht im Wege.

der Schrift vorangesetzte Erinnerung und Erklärung bedeutet [17]); dergleichen Erklärungen wurden auch wohl am Rande oder am Schlusse beigeschrieben, was adscribere hieß [18]). Für das Vertilgen oder Durchstreichen des Geschriebenen kommen auch noch andere Ausdrücke vor, als: cancellare [19]), perducere [20]), und wenn gesagt wird: „si novissime, ut solet, testamento fuerit adscriptum: lituras, inductiones, *superinductiones* ipse feci“ [21]), so ist dieser letzte Ausdruck auf eine wiederholte Auslöschung, oder auf eine Vertilgung der superscriptio zu beziehen [22]).

Ist nur das Testament absichtlich durch den Testator oder mit seinem Willen entweder äusserlich oder nach seinem Inhalte zerstört, so fällt es weg, bei einer nur theilweisen Vertilgung des Inhalts wird blos das Ge-

17) So in L. 1. §. 1. in f. D. *h. t.* und in L. 8. D. *testamenta quemadm. aperiantur* (XXIX. 3.).

18) L. 1. §. 1. D. *h. t.*

19) L. 2. D. *h. t.*

20) L. 8. §. 3. D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII. 11.). — In der L. 1. pr. in f. heißt es: „Sed nolentibus (*Hal.* volentibus) inducta accipiendum est, et si perducta sint.“ Hier steht inducta für das nur Ausgelöschte, perducta für das Durchstrichene. Der Sinn ist: es kommt dabei immer auf den Willen des Testirers an, mag etwas blos ausgelöscht oder mit Strichen überzogen seyn; ersteres kann nämlich noch eher durch Zufall sich ereignen, als letzteres, obgleich es möglich ist, daß auch dies unabsichtlich geschieht. Vgl. *Ulr.* Huber l. l.

21) L. 1. §. 1. D. *h. t.*

22) *Ulr.* Huber l. l. — Insonderheit aber s. m. über alle hier genannten Ausdrücke *Guil.* Maranus Paratitla Dig. ad h. t. p. 498. (ed. Tolos. 1667.).

tilgte ungiltig [23]). Im erstern Falle würde nun nach der gewöhnlichen Regel die Intestaterbfolge eintreten, und dies wird auch im Ganzen anerkannt: L. 1. §. 8. D. *si tab. test. nullae extab.* (XXXVIII. 6.): „Si heres instituțus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestatus decedere [24]); dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt“ [25]). Die Vernichtung des wesentlichen Inhalts, hier also der Erbeseinsetzungen, gilt nun in der Regel einer Vernichtung des Gesammtinhalts gleich. Denn „cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent“ [26]), und diesem gemäß ist auch in Beziehung auf Testamente als Regel anerkannt, daß mit dem Wegfallen der Erbeseinsetzung auch die Vermächtnißbestimmungen ihre Kraft verlieren [27]). Häufig aber wird die Vernichtung als Indignitätserklärung betrachtet; alsdann tritt das Aerarium oder der Fiscus Statt der Intestat-

23) L. 2. D. *h. t.* L. 30. C. *de testamentis* (VI. 23.). L. 2. §. 7. L. 8. §. 3. D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII. 11.).

24) Diese Worte beziehen sich darauf, daß in der inductio nominis sehr gewöhnlich auch eine Indignitätserklärung liegt, wovon weiter unten mit Mehrerem die Rede seyn wird.

25) Uebereinstimmend hiermit ist die L. ult. in f. D. *h. t.* „si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas, et hoc adprobaverint hi, qui ab intestato venire desiderant: scriptis avocabitur hereditas.“

26) L. 178. D. *de regul. jur.*

27) L. 8. §. 16. D. *de inoff. test.* (V. 2.) L. 17. D. *de inj. rupto, irrito facto test.* (XXVIII. 3.).

erben ein, und die Vermächtnisse werden nach einem unter dem K. Marc Aurel aufgekommenen Billigkeitsgrundsatze aufrecht erhalten.

L. 3. D. *h. t.* (MARCELLUS Lib. XXIX. Digestorum). „Proxime in cognitione Principis, cum quidam heredum nomina induxisset, et bona ejus ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est, et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta. Plerique etiam legatarios excludendos existimabant; quod sane sequendum ajebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset. Nonnullos opinari, id jure ipso perimi, quod inductum sit, cetera omnia valitura. Quid ergo? non [28]) et illud interdum credi potest, eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius [29]). Sententia imperatoris Antonini

28) Viele Edit. lesen hier: num et illud, und diese Lesart billigt Brenkmann, falls man nicht etwa *nonne* lesen wolle, was allerdings durch Annahme einer Gemination (noNEt) sehr wohl begründet werden kann. Nöthig ist dies indessen durchaus nicht, da Non so sehr häufig die Bedeutung von nonne hat. Vgl. *Siegm. Reich.* JAUCHIUS de negat. Pand. Flor. p. 55.

29) Dieser Billigkeitssatz ist auch aus unserer Stelle in die Rechtsregeln aufgenommen. Nämlich die L. 192. § 1. D. *de reg. jur.* („In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius") ist ebenfalls aus dem Lib. XXIX. Dig. des Ulpius Marcellus. S. *Jac.* GOTHOFREDUS ad h. l. in opusc. ed. TROTZ p. 1203. *F.* BLOHME (Blume)

Augusti, Pudente et Pollione consulibus [30]): *Cum Valerius Nepos mutata voluntate et inciderit testamentum suum, et heredum nomina induxerit, hereditas ejus secundum D. patris mei constitutionem ad eos, qui scripti fuerint, pertinere non videtur* [31]). **Et advocatis fisci dixit: vos habetis iudices vestros** [32]). **Vivius Zeno dixit: rogo,**

Diss. de geminatis et similibus, quae in Digestis inveniuntur, capitibus. (*Jen.* 1820.) p. 37.

30) Dies Consulat fällt in das J. 166. oder 167. nach Chr., und setzt also die Ansicht ausser Zweifel, daß der Kaiser, dessen Ausspruch hier folgt, Marcus Aurelius Antoninus war. *Ja. Ortw.* Westenberg D. Marcus seu Diss. ad constitutiones M. Aur. Antonini D. XL. (wo sich überhaupt eine vollständige Interpretation unserer Stelle findet) §. XI. *Meinard* Tydemann Diss. de L. Ulpii Marcelli ICti vita et scriptis (Traj. ad Rhen. 1762, auch in *G.* Oelrichs thes. nov. Dissertation. jurid. selectiss. in academ. Belg. habitar. Vol. I. T. I. Nr. I.) C. II. §. III.

31) Dieser Ausspruch bestimmt zuvörderst nur den Hauptpunct, nämlich, daß die eingesetzten Erben ausgeschlossen seien. Dafür beruft sich der Kaiser auf die Constitution seines Adoptivvaters, Antoninus Pius (Westenberg l. l. §. XIII.); also früher stand es überhaupt noch nicht einmal fest, daß in dem Durchstreichen des Namens eines Honorirten eine wirksame Zurücknahme des ihm ertheilten Rechts liege. S. auch die weiter unten im Text folgende Ausführung über das Recht des Fiscus.

32) Daß in diesen Worten eine Aufforderung an die Advocaten des Fiscus liegt, jetzt die Rechte des Fiscus wahrzunehmen, ist wohl unverkennbar. Nach der Interpretation der Glosse, verweist der Kaiser die Advocaten an die Behörde, welche in Sachen des Fiscus Recht sprechen, also an die Praefecti aerarii; Glossa Acc. *vestros* ad h. l.

domine imperator, audias me patienter: de lega-

Eben ſo Westenberg diss. cit. §. XV. Und die Richtigkeit dieſer Auslegung darf auch wohl nicht bezweifelt werden. Nur den Ausſpruch, daß die inductio nominum eine Ausſchließung der Erben begründe, giebt uns der Juriſt als die „sententia imperatoris“, und man ſieht auch deutlich aus den folgenden Verhandlungen, daß der Kaiſer es zu vermeiden ſuchte, ſich unmittelbar und geradezu über die weiteren Folgen zu erklären. Auch meint Papinian ohne Zweifel dieſen nämlichen Fall, wenn er in dem ſechszehnten Buche ſeiner Quäſtionen (welche als L. 12. *de his quae ut indignis aufer.* XXXIV. 9. in die Compilation aufgenommen iſt) referirt: der K. Marc Auvel ſei der Meinung geweſen, die inductio nominum begründe Indignität, weshalb er die Sache den praefecti aerarii zugewieſen habe. Die Stelle lautet ſo: „Cum quidam scripsisset heredes, quos instituere non potuerat: quamvis institutio non valeret, neque superius testamentum ruptum esset, heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit jam pridem senatus hereditatem. *Quod D. Marcus in ejus persona judicavit, cujus nomen peracto testamento testator induxerat: causam enim ad Praefectos aerarii misit. Verum ab eo legata relicta salva manserunt.* De praeceptionibus eidem datis voluntatis erit quaestio, et legatum ei non denegabitur, nisi hoc evidenter testatorem voluisse appareat.“ Die Worte: „causam ad praefectos aerarii misit“ bedeuten hier nicht etwa: er überwieß die Erbſchaft den Vorſtehern des Schatzes, ſondern: der advocatus fisci ſolle die fiskaliſchen Anſprüche hier weiter verfolgen. S. hierüber, und über den Zuſammenhang dieſer Stelle mit der unſrigen beſonders *J.* Cujacius in Lib. XVI. Qu. Papiniani ad h. l. (opp. ed. Neapol. T. IV. p. 417.).

tis quid statues? [33]). Antoninus Caesar dixit: videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit? [34]) Cornelius Priscianus advocatus Leonis (ſ. die Note 33.) dixit: nomina heredum tantum induxit. Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit: non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet. Priscianus dixit: manumisit quosdam, et legata dedit [35]). Antoni-

33) Die Anweſenden fordern alſo den Kaiſer zu einer Entſcheidung auch über die Vermächtniſſe auf. Wer war nun aber der Vivius Zeno, welcher den Antrag an den Kaiſer machte? Meiſtens hält man ihn für einen Vermächtnißnehmer, (wie auch ſchon die Accurſiſche Gloſſe annimmt), weshalb denn aber von Manchen eine Emendation für nöthig erachtet wird, indem man entweder in dem folgenden Satze: „Cornelius Priscianus advocatus *Leonis* leſen will: Zenonis (ſo Brencman in der Note zu dieſer Stelle), oder umgekehrt, ſtatt *Vivius* Zeno — *Viv.* Leo, wofür es auch an handſchriftlicher Autorität nicht fehlen ſoll. S. *Hug.* Grotii florum sparsio ad jus Justinianeum p. 195. in f. (ed. Hal.) Die Gloſſe aber hält den Leo für den zweiten Legatar. So auch Weſtenberg diss. cit. §. XVI. u. XVIII. S. auch die folg. Note.

34) Die Frage des Kaiſers, wodurch zugleich ſeine Anſicht der Sache ausgedrückt wird, daß (wenigſtens nach der Strenge des Rechts) das ganze Teſtament nicht gelten könne, unterſtützt die Meinung, daß der Vivius Zeno einer der Vermächtnißnehmer war: ſollte wohl der Teſtirer, welcher die Namen der Erben durchſtreicht, gewollt haben, daß irgend etwas von dem Teſtament beſtehe? S. Weſtenberg diss. cit. §. XVII.

35) Der Advocat des Fiscus war der Meinung, daß das ganze Teſtament nicht gelten könne, wenn der eingeſetzte Erbe aus-

nus Caesar remotis omnibus cum deliberasset, et admitti rursus eodem [36]) jussisset, dixit: causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea duntaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quae induxit. Nomen servi, quem liberum esse jusserat, induxit [37]). Antonimus rescripsit: liberum eum nihilominus fore; quod videlicet favore constituit libertatis."

Der wesentliche Inhalt dieser Stelle nun ist folgender: der durch inductio nominum stillschweigend an den Tag gelegte Wiederruf soll nur auf die wirklich durchstrichenen Stellen bezogen werden, selbst in dem Falle, wenn die Namen sämmtlicher Erben durchstrichen sind, also nach der strengen Consequenz der Gesammtinhalt des

geschlossen werde. Hierauf erwiedert denn der Sachwalt des Vermächtnißnehmers: aber es sind ja auch Manumissionen und Vermächtnisse angeordnet, hier also, wo lediglich der Wille des Testirers in Betracht kommt, darf die Ungiltigkeit auch nur auf die Erbeseinsetzungen bezogen werden.

36) Haloander und andere Editoren lesen: eosdem, also: er ließ die Parteien wieder vortreten. Indessen giebt die Florentinische Lesart einen sehr guten Sinn: der Kaiser ließ die Parteien wieder vor, nämlich in eum locum, unde remoti erant.

37) Es wurde bemerkt, daß auch der Name eines manumittirten Sclaven durchstrichen sei. A. Faber in den Error. Pragm. Dec. XXXIX. Err. X. Nr. 5. meint, daß hier von einem cum libertate zum Erben eingesetzten Sclaven die Rede sei, was aus dem Zusammenhange folgen soll. Indessen dieser bringt eher das Gegentheil mit sich. Es werden vorher nämlich die Erbeseinsetzungen und Manumissionen, so wie andere Vermächtnißanordnungen einander bestimmt entgegengesetzt.

Teſtaments wegfallen müßte [38]). Ja in Beziehung auf Freiheits-Vermächtniſſe ſoll ein blos ſtillſchweigender Wiederruf nicht berückſichtigt werden, ſondern nur ein ausdrücklicher; es wird alſo hier die in favorem libertatis aufgekommene Regel zur Anwendung gebracht: „Quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit [39]).

Aber gilt nicht auch ein Gleiches, wenn es zur Inteſtaterbfolge kommt? Dies behaupten Manche [40]) und dafür ließe ſich allenfalls anführen, einmal, daß ein ſtillſchweigender Wiederruf nur alsdann, wenn er durch Errichtung einer neuen letztwilligen Verfügung erfolgt, ohne Weiteres und von ſelöſt (ipso jure) die frühere zerſtört, ſonſt aber nur eine Zurückweiſung Deſſen bewirken ſoll, welcher den Willen des Erblaſſers nicht für ſich hat [41]). Man könnte alſo ſagen: hier tritt die Regel des Civilrechts, daß mit der Erbeseinſetzung auch die ſonſtigen Beſtimmungen über den Haufen fallen, überall nicht ein, ſondern es wird nur per exceptionem das vernichtet, was der Teſtirer eben nicht hat beſtehen laſſen wollen [41 a]). — Sodann ſcheint unſere Stelle den

38) *Jac.* Gothofredus ad L. 192. D. *de reg. jur.* (opusc. ed. Trotz p. 1203.).

39) L. 20. D. *de regul. jur.* L. 179. *eod.* — Westenberg diss. cit. §. XXII.

40) Z. B. *Jac.* Cujacius ad L. 2. D. *h. t.* (opp. ed. Neapol. T. I. p. 1087. *Math.* Wesenbecius Paratitla in Pand. jur. civ. ad h. t. *Joh.* Voet in comment. ad Pand. h. t. §. 3.

41) L. 1. §. 3. D. *h. t.*

41 a) Dies iſt auch die gewöhnliche Vorſtellungsweiſe. Siehe

Grundsatz ganz allgemein anzuerkennen, daß die Billigkeit es mit sich bringe, die Ungiltigkeit testamentarischer Anordnungen in Folge einer inductio nominum auf dasjenige zu beschränken, was wirklich durchstrichen sei [42]); auch heißt es in der vorausgegangenen Stelle, wo gar nicht einmal von dem Rechte des Aerarium die Rede ist, im Zweifel sei allemal anzunehmen, daß die Vermächtnisse aufrecht erhalten werden [43]).

Indessen würde der erste Grund selbst dann nichts beweisen, wenn er auch hier richtig gehalten werden könnte, was doch nicht der Fall ist, wie weiter unten gezeigt werden wird. Denn in materieller Beziehung macht es keinen Unterschied, ob ein Recht geradezu, oder nur per exceptionem als für aufgehoben gilt [43 a]). Erheblicher ist der zweite Grund; doch dürften dagegen wohl die folgenden Argumente in Betracht kommen: Die Regel, daß mit Vernichtung der Erbeseinsetzung auch die übrigen Anordnungen des Testaments wegfallen, ist als solche allgemein anerkannt, auch für den Kreis des prätorischen Successionsrechts, und Abweichungen davon werden stets als Ausnahmen betrachtet [44]). Ja früher durfte

Sam. Stryk us. mod. Pand. h. t. §. 3. Dagegen aber die weiter unten folgende Erörterung.

42) Dies wird ja sogar in Beziehung auf die Vorvermächtnisse der Erben anerkannt, welche durch inductio nominum ihre Erbtheile einbüßen. L. 12. in f. D. de his, quae ut indign. aufer. (S. diese Stelle in der Note 32.).

43) L. 2. in f. D. h. t. — — „in ambiguo tamen interpretandum erit, — legata deberi."

43 a) arg. L. 112. D. *de regul. jur.* — Stryk us. mod. Pand. h. t. §. 3.

44) Vgl. Bd. 37. d. Comment. S. 18. flg.

auch der Fiskus, wenn er eine Gesammterbschaft (hereditas ex asse) vindizirte, keine Vermächtnisse entrichten [45]), und der Grundsatz: „Caduca cum suo onere fiunt, ideoque libertates et legata etc. salva sunt“ [46]) enthielt auch nicht eigentlich eine Abweichung hievon, indem dabei nur an die Kaduzität nach der Lex Jul. et Papia gedacht, also das Vorhandenseyn von Miterben vorausgesetzt und lediglich das jus accrescendi durch das Aerarium ausgeschlossen wurde [47]). Zuerst scheint durch ein Reskript des K. Antonin. Pius die Ausnahme anerkannt zu seyn, daß wenn wegen eines tacitum fideicommissum — (d. i. weil ein Fideicommiß gegen die gesetzlichen Bestimmungen über das jus capiendi übernommen war [48])) — die Erbschaft vom Fiscus vindizirt wurde, die nicht gesetzwidrigen Anordnungen des Testaments erfüllt werden müßten [49]). K. Marc Aurel nahm ein Glei-

45) Modificationen dieses Satzes kamen unter den Antoninen auf, und schon Gajus bildet hieraus eine allgemeine Regel für Indignitätsfälle, die jedoch, wie man sieht, keineswegs unbestritten war: L. 14. D. *de jure fisci.* (XLIX. 14.) Gajus Lib. XI. *ad leg. Jul. et Pap.* „*Dicitur* ex asse heredidates ex Silaniano cum fiscus vindicasset, ut nec libertates, nec legata tucatur. *Quod aperte nullam habet rationem*, cum ex quibuslibet aliis causis fisco vindicatis hereditatibus, et libertates et legata maneant.“

46) Ulpiani Fragm. Tit. XVII. §. 3.

47) Ulp. Fr. Tit. XVII. §. 1. in f. u. das. Schulting in der Note 7. — S. oben S. 47. fg.

48) Ulp. Fragm. Tit. XXV. §. 17. u. dazu die Note 41. bei Schulting.

49) L. 3. §. 4. D. *de jure fisci.* (XLIX. 14.). „Cum ex causa taciti fideicommissi bona ad fiscum per-

ches für die Fälle an, in welchen die Vernichtung der Anordnung als stillschweigende Indignitätserklärung angesehen werden sollte[50]). Wenn dies nun auch ein allgemein geltender Rechtssatz für alle Indignitätsfälle geworden ist[51]), so muß es doch immer als jus speciale betrachtet werden, wo eben die Regel sehr wohl bestehen kann: tritt Intestaterbfolge ein, so fällt auch das Recht auf Vermächtnisse weg, oder: in solchen Fällen können die Vermächtnißnehmer ihr Recht nur geltend machen, wenn ausdrücklich anerkannt ist, daß der an die Stelle des eingesetzten Erben tretende Erwerber der Erbschaft die testamentarischen Auflagen erfüllen müsse, — wie dies insonderheit der Fall ist beim Verlust des Erbrechts wegen Indignität, und wenn der Erbe wegen nicht berücksichtigter Vorschrift der Nov. 115. ausgeschlossen wird. — Von einem Falle der ersteren Art nun spricht die L. 3. D. *h. t.*; hievon müssen wir daher auch die Bestimmung verstehen, daß die Vermächtnisse bei Kräf-

tinent, omnia quae in testamento utiliter (d. i. nicht gesetzwidrig) data sunt, valent: *et ita Divus Pius rescripsit.*"

50) L. 3. D. *h. t.* L. 12. *de his quae ut indign. aufer.* (s. die Note 32.). L. 16. §. fin. *eod.* „Cum heredis nomen mutata voluntate paterfamilias incisis tabulis induxisset, atque ideo fisco portionis emolumentum adjudicatum fuisset: *eam rem legatariis non obesse, qui rètinuerant voluntatem, Divo Marco placuit*, et ideo cum suo onere fiscum succedere." — Daß auch hier auf das in L. 3. D. *h. t.* referirte Decret des Kaisers Marc Aurel hingewiesen werde, ist augenscheinlich. S. *Jac.* Cujacius in Lib. VIII. resp. Papiniani (opp. ed. Neapol. T. IV. p. 1187.).

51) S. L. 14. D. *de jure fisci* (Note 45.)

ten bleiben ſollen, zumal da es heißt: „*causa praesens* admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea duntaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quae induxit.“ — Und eben ſo wenig läßt ſich aus der L. 2. *eod.* mit Beſtimmtheit ſchließen, daß die Vermächtniſſe aufrecht erhalten werden, auch wenn es zur Inteſtaterbfolge kommt. Es wird nämlich zuerſt der Satz aufgeſtellt: wenn nur der Name eines von mehreren Miterben getilgt ſei, ſo kämen nicht nur die übrigen zur Erbfolge, ſondern es müßten auch die jenem ausdrücklich auferlegten Vermächtniſſe gezahlt werden, falls die Abſicht des Teſtirers blos auf Ausſchließung des Onerirten gegangen ſei. Darauf heißt es: ſeien zwar die Namen ſämmtlicher Miterben getilgt, der Teſtirer erkläre aber, er habe dies nur des einen Erben wegen gethan, ſo komme wiederum die Abſicht deſſelben in Betracht, um zu entſcheiden, ob wirklich alle Miterben ausgeſchloſſen ſeien, oder nur der, welcher zur inductio nominum die Veranlaſſung gegeben. Und am Schluſſe wird bemerkt: im Zweifel ſei immer die mildere Anſicht als der Wille des Erblaſſers anzunehmen, mithin für Giltigkeit ſowohl der Vermächtniſſe als der Miterbenrechte zu entſcheiden: „in ambiguo tamen interpretandum erit, et legata deberi, et coheredum institutionem non esse infirmandam.“ Zwar ſteht unmittelbar vorher der Satz, daß die Miterben ausgeſchloſſen werden, wenn der Teſtirer, ſei es auch nur wegen der Schuld des Einen, das ganze Teſtament aufheben wolle: „Quod si putaverit, totum testamentum delendum ob unius male meritum, omnibus denegantur actiones;“ worauf die Frage geſtellt wird: „Sed an legatariis denegari actio debeat? quaestio est,“ und hiernächſt ganz allgemein

geantwortet wird, daß im Zweifel sowohl die Vermächtnisse als die Einsetzungen der Miterben aufrecht zu erhalten seien. Allein was folgt hieraus für den Fall, wenn es zur Intestaterbfolge kommt? Gewiß nichts. Der Jurist antwortet ja nur: im Zweifel sei anzunehmen, daß sowohl die Vermächtnisse als auch die Einsetzung der Miterben (et legata — et coheredum institutionem) geltend bleiben. Nimmt man aber auch an, daß die Vermächtnisse bestehen bleiben sollen, auch wenn keiner der Miterben etwas erhalten kann, so ist ja damit noch nicht gesagt, daß sie von den Intestaterben zu entrichten seien, vielmehr deutet schon der Ausdruck darauf hin, daß hier ausser allem Zweifel eine Indignitätserklärung in der inductio nominum liege [52]), in welchem Falle ja die Erbschaft cum onere legatorum an den Fiscus kam [53]).

Wann aber galt die Zerstörung des Testaments als Indignitätserklärung, und wann trat Intestaterbfolge ein? Ohne Zweifel bildete bei dem Aufkommen des Indignitätsrechts Letzteres die Regel, es mußte also das Vorhandenseyn einer deutlichen (wenn auch nicht gerade buch-

52) — „idcirco se id fecisse, *quia unum heredem offensum habuit*“ —; „test. delendum *ob unius male meritum.*“ — Uebrigens bedurfte es seit dem unter K. Marc Aurel aufgekommenen Rechte (s. Note 55.) solcher Aeusserungen überall nicht einmal, um eine Indignitätserklärung in der Durchstreichung der Namen zu finden.

53) Uebereinstimmend sind *A.* Faber conject. Lib. XVIII. cap. 17. p. m. 695. b. u. *Barth.* Chesius differ. jur. Cap. XXXIII. Nr. 6. (in Heineccii jurisprud. Rom. et Att. T. II. p. 719.).

ſtäblich ausgedrückten) Indignitätserklärung vom Aerarium nachgewieſen werden, um die Inteſtaterben auszuſchließen. Hieraus erklärt es ſich, daß dies auch noch von den ſpäteren juriſtiſchen Claſſikern als die Regel angenommen wird [54]), ungeachtet ſchon durch Entſcheidungen oder Reſcripte des K. Marc Aurel es anerkannt war, daß die Zerſtörung der teſtamentariſchen Anordnungen durch inductio nominum von ſelbſt als Indignitätserklärung betrachtet werden ſolle [55]). Für die übrigen Fälle blieb es indeſſen bei jener Regel; nur im Falle der inductio nominum alſo lag den Inteſtaterben der Beweis ob, daß bei Vertilgung der Namen die Abſicht zu Grunde gelegen habe, die Inteſtaterbfolge eintreten zu laſſen [56]).

In

54) L. 1. §. 8. D. *si tab. test. nullae extab.* L. 4. in f. D. *h. t.* (ſ. Note 56.).

55) L. 12. L. 16. §. 2. D. *de his, quae ut indign. auf.* — S. Bd. 38. d. Comment. S. 264. fg.

56) Dagegen findet auch keine Berufung Statt auf die Worte der L. 1. §. 8. D. *si tab. test. nullae* (ſ. oben die Note 24.). Eher könnte es einen Zweifel erregen, wenn Paulus in einer Note zu Papinian Lib. VI. resp. oder L. ult. D. *h. t.*) bemerkt: „sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas, *et hoc adprobaverint hi, qui ab intestato venire desiderant*, scriptis avocabitur heredibus;“ worin *A.* Faber (conj. lib. XVIII. c. 17. p. m. 695 a) eine ſehr beſtimmte Anerkennung der für den Fiscus gegen die Inteſtaterben ſtreitenden Präſumtion finden will. Allein in der Stelle iſt überall nicht die Rede davon: ob der Fiscus oder die Inteſtaterben an die Stelle des eingeſetzten Erben treten, ſondern lediglich

von

In allen Fällen aber wird zur Begründung des fiscalischen Rechts vorausgesetzt, daß die Vertilgung nach Vollendung des Testaments erfolgt sei; denn ist es vor dessen Vollziehung geschehen, so hatte das Niedergeschriebene rechtlich noch gar keine Bedeutung, es galt **pro non scripto** [57]), und darauf hatte der Fiscus keinen Anspruch, sondern es blieb bei dem Onerirten, oder fiel den Miterben, Substituten, oder Intestaterben zu [58]).

von dem Ausschluß der Letzteren, in dem Falle, wenn von mehreren Testaments-Exemplaren der Erblasser nur das eine zerstört oder sonst ausser Kraft gesetzt hat. Daß hier die Intestaterben zu beweisen haben, es solle nach dem Willen des Testirers auch das andere nicht gelten, versteht sich wohl von selbst.

57) **Arg. L. 1. §. 2. D.** *h. t.* — „sed hoc ita demum, si ante consummationem testamenti factum est.“ — Die Anwendung, welche Ulpian hier davon macht, daß die Vertilgung vor der Vollziehung des Testaments erfolgt war, ist freilich eine andere; nämlich auch das unbedachtsam Weggestrichene soll nicht gelten, wenn das Wegstreichen geschah', noch ehe das Testament vollendet war, indem alsdann die Verfügung überall noch nicht als eine wirksame angesehen werden konnte, und auch ohne die Vertilgung nicht gegolten haben würde. S. Gl. Acc. *quae in testamento* u. Gl. *sed consulto* ad h. l. *R. J.* Pothier Pand. Justin. ad h. l. T. II. p. 194. Note f. Doch kann die Anwendung auf unseren Fall keinem Zweifel unterliegen, da der Fiscus nur an dessen Stelle tritt, welcher ohne die Indignitätserklärung das ihm Zugewandte erhalten haben würde. S. die folgende Note.

58) **L. 1, L. 3. §. 1. D.** *de his quae pro non scriptis habentur* (XXXIV. 8.): „— etsi *post testamentum factum* heres institutus vel legatarius in me-

Zerstört der Testirer eins von mehreren gleichgeltenden Exemplaren des Testaments [59]), so behält dasselbe dennoch seine Kraft, selbst in dem Falle, wenn das zerstörte Exemplar in einem öffentlichen Archiv, oder von dem bei der Testamentshandlung gegenwärtigen Notar aufbewahrt wurde, und der Testirer es von dort zurücknahm, um es zu vernichten, das unversehrt gebliebene aber sich lediglich in Privatverwahrung beim Erblasser oder einem Dritten befand: L. ult. D. *h. t.* (PAPINIANUS Lib. VI. responsor.) „Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis [60]), unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus solenniter complevit: si quasdam tabulas in publico depositas abstulit atque delevit, quae jure gesta sunt, praesertim cum et ceteris tabulis, quas non abstulit, res gesta declaretur, non constituentur irrita“ [61]). Von selbst ver-

tallum datus sit, ad fiscum non pertinet.“ — Vgl. auch unten Note 95.

59) Ueber die Anfertigung solcher gleichlautenden Originalexemplare desselben Testaments bei den Römern, deren Unterschied von bloßen Copieen, so wie ihrer Benennung siehe Bd. 34. d. Comment. S. 476—479. u. Bd. 38. S. 480—487.

60) Aehnlich heißt es bei Sueton in der vita Tiberii cap. ult. „Testamentum duplex ante biennium fecerat, alterum sua, alterum liberti manu, sed *eodem exemplo*“ —. S. über diesen Ausdruck auch Bd. 38. d. Comment. S. 480. 481. Note 43.

61) So heißt es auch in der L. 1. §. 5. D. *de B. p. sec. tab.* (XXXVII. 11.). „Si quis in duobus exemplaribus fecerit testamentum, et aliud exstet, alid non exstet, tabulae extare videntur, petique potest bonorum possessio.

ſteht es ſich daher, daß ein Gleiches auch alsdann anzunehmen iſt, wenn der Teſtirer ſein Exemplar vernichtet, das öffentlich oder von einem Notarius aufbewahrte Teſtament aber in statu quo läßt [62]). Doch kommt hierbei immer die Abſicht in Betracht. Iſt dieſe auf Vernichtung des ganzen Teſtaments gerichtet, ſo hat nun auch das übrig gebliebene Exemplar keine Wirkung mehr; nur muß eine ſolche Abſicht von denen erwieſen werden, welche daraus Anſprüche für ſich herleiten, alſo vom Fiscus, oder den Inteſtaterben [63]). Wenn aber das vernichtete Exemplar das Original, das zurückbehaltene bloße Abſchrift iſt [64]), ſo kann von einem ſolchen Beweiſe nicht die Rede ſeyn [65]), und die Abſchrift nur allenfalls benutzt werden, um den Inhalt des Teſtaments zu erkennen, für den Fall nämlich, daß die Zerſtörung unabſichtlich geſchehen iſt, was denn natürlich der eingeſetzte Erbe zu erweiſen hat. Wie nun aber, wenn mündlich teſtirt und über den Inhalt eine Beweisurkunde aufgenommen, m. a. W. ein ſ. g. testamentum nuncupativum in

62) *H.* Zoesius comment. in Pand. h. t. Nr. 15. *Jo.* Voet ad eund. tit. §. 1. in f.

63) Dies eben bemerkt Paulus in ſeiner Note zu Papinian in L. 4. D. *h. t.* S. oben Note 56.

64) S. hierüber Bd. 38. d. Comment. S. 481. Note 46. und vgl. die folgende Note.

65) L. 1. §. 7. D. *de bon. poss. sec. tab.* „Sed si unum fecerit testator *quasi testamentum*, aliud *quasi exemplum* (d. i. hier eine bloße Copie): si quidem id extat, quod voluit esse testamentum, bonorum possessio petetur, si vero id, quod exemplum erat, bonorum possessio peti non poterit, ut Pomponius scripsit.“

scripturam redactum vorhanden iſt, dieſe Urkunde aber vom Teſtirer abſichtlich vernichtet wird? Man kann für die fortdauernde Giltigkeit des Teſtaments hauptſächlich anführen: die Kraft und Wirkung eines mündlichen Teſtaments ſei an ſich ganz unabhängig von der darüber aufgenommenen und nur zum Beweiſe ſeines Inhalts dienenden Urkunde; dadurch werde das Teſtament ja nicht in ein ſchriftliches verwandelt, ſondern es bleibe ein mündliches [66]). Indeſſen nehmen angeſehene Practiker das Gegentheil an [67]). Sie ſtützen ihre Anſicht darauf: bei der ſ. g. Realrevocation komme ja lediglich der Wille des Erblaſſers in Betracht; dieſer aber ſei hier eben ſo deutlich an den Tag gelegt, wie in den Fällen, wo die Kraft des Teſtaments ſelbſt auf einer ſchriftlichen Urkunde beruhe. Letzteres darf man unbedenklich zugeben; allein daraus folgt noch nichts für die Gleichheit mündlicher und ſchriftlicher Teſtamente in Abſicht auf den Widerruf. — Der Widerruf eines Teſtaments war eigentlich nur durch Errichtung eines neuen möglich [68]). Aber es mußte doch ein Teſtament vorhanden ſeyn, um aus demſelben erben zu können, und die Bedingung einer secundum tabulas bonorum possessio war urſprünglich ein unverſehrtes Teſtament; fehlte es daran, ſo wurde der Teſtamentserbe durch die Inteſtaterben ausgeſchloſſen [69]). Allein der Prätor giebt dennoch

66) S. Bd. 33. d. Comment. S. 332. fg.

67) *Ge. Ad.* Struve Synt. jur. civ. Exerc. XXXII. Th. 48. Nr. 2. *Sam.* Stryk us. mod. Pand. h. t. §. IV.

68) §. 6. I. *quib. mod. test. infirm.* — S. Bd. 38. d. Comment. S. 258 fgg.

69) Vgl. Gaji inst. I. §. 119. 147., u. L. 1. §. 8. D. *si*

die B. P., wenn die Zerstörung des Testaments oder seines Inhalts wider die Absicht des Testirers geschehen ist [70]), eben so wie in dem Falle eines durch ein testamentum posterius förmlich rumpirten Testamentes, wenn jenes in der Absicht zerstört ist, daß das rumpirte wieder gelten solle [71]); er berücksichtigt also in beiden Fällen den Willen des Erblassers gegen die Wirkung des förmlichen Rechts, und in beiden Fällen wird dies auf dieselbe Art bezeichnet: die Exceptio der Intestaterben gegen den eingesetzten Erben (nämlich, daß ja der Testirer selbst das Testament aufgehoben habe) werde durch den Einwand entkräftet: daß der Testamentserbe dennoch den Willen des Erblassers für sich habe [72]). Sehr natürlich ist es daher auch, daß man die Exceptio selbst so ausdrückte: der Testamentserbe habe den Willen des Testirers gegen sich, und darum könne aus dem Testamente nicht geklagt werden [73]). Wer darauf aber den Schluß

tab. test. nullae extab. (Ueber diese Stelle s. Bd. 38. des Comment. S. 259—261.).

70) L. 1. §. 3. 10. 11. D. *de bon. poss. sec. tab.*

71) L. 11. §. 2. in f. D. *de bon. poss. sec. tab.* — L. 19. §. 1. D. *de regul. jur.* Bd. 38. d. Comment. S. 327. S. 478 fgg. Nr. 3.

72) L. 11. §. 2. in f. D. *de bon. p. sec. tab.* — Bd. 38. d. Comment. S. 263. Note 54. S. 479 fg.

73) L. 1. §. 3. D. *h. t.* „Sed consulto quidem deleta *exceptione* petentes repelluntur (d. i. consulto quid. deleta petentes exc. rep., welche Wortstellung auch Autoritäten für sich hat. S. *Rud.* Fornerii rer. quot. Lib. II. c. 10. in Ottonis thes. T. II. p. 171. und *Jo.* Suarez comment. ad Leg. Aquil. Lib. I. c. V. Sect. 5. in Meermani thes. T. II. p. 71.); in-

gründen wollte: ein zerstörtes Testament bestehe an sich (ipso jure) noch zu Recht, und nur per exceptionem werde seine Wirkung vernichtet, — der würde auch annehmen müssen, daß durch ein neues Testament das frühere nicht schon ipso jure, sondern nur exceptionsweise zerstört werde! Wie unrichtig aber ein solcher Schluß wäre, darf wohl kaum bemerkt werden[74]). — Nun also: wenn es heißt, bei absichtlich geschehener physischer Zerstörung des Testaments stehe dem, welcher dennoch aus dem Testamente ein Recht geltend machen wolle, die Einrede entgegen, daß er den Willen des Erblassers wider sich habe, so darf daraus keineswegs gefolgert werden, daß in Beziehung auf die Frage: ob ein Testament für widerrufen zu achten sei? lediglich der Wille des Testirers, nicht aber die Art des Widerrufes in Betracht komme. Dafür besteht vielmehr auch im neuesten Röm. Recht die Regel: ein bloßer Widerruf kommt nicht in Betarcht, sondern er muß entweder durch ein neues Testament erfolgen, oder vermittelst physischer Zerstörung des Testa-

consulto non repelluntur.“ — S. auch L. 4. §. 10. D. *de doli mali except.* (XLIV. 4.). Vgl. Bd. 38. d. Comment. S. 325 fgg. u. auch *A.* Faber conj. jur. civil. Lib. XVIII. c. 17. gegen das Ende, wo sich eine richtige Deduction des Satzes findet, daß, wenn die Giltigkeit oder Ungiltigkeit des Testaments am Ende von dem erweislichen Willen des Testators abhängig gemacht werde, daraus doch nicht folge, daß in der Zerstörung des Testaments oder seines Inhalts nicht schon an sich eine Rechtsentziehung liege.

74) M. s. hierüber §. 2. I. *quib. mod. test. infirm.* und L. 27. C. *de test.* (VI. 23.). — — — „Ipso jure prius tollitur testamentum.“

ments an den Tag gelegt seyn, oder vor drei Zeugen geschehen, welches Letztere jedoch nur wirksam seyn soll, wenn das Testament bereits vor 10 Jahren errichtet ist [75]). Hieraus folgt nun (um auf unseren Fall zurückzukommen), daß im Rechtssinne das mündliche Testament nicht für aufgehoben geachtet werden könne, wenn auch der Testirer durch Vertilgung der schriftlichen Urkunde, welche darüber aufgenommen wurde, seine Absicht, dasselbe nicht mehr gelten lassen zu wollen, an den Tag gelegt hat [75 a]). Es kann dies immer nicht mehr Wirkung haben, als wenn er ausdrücklich diese Absicht erklärt; daß eine solche Erklärung aber zu einem rechtlich wirksamen Widerruf erfordert werde, ist bereits an einem anderen Orte ausführlich gezeigt worden [76]). Doch wurde freilich auch zugleich die Modification hinzugefügt und näher ausgeführt, daß Vermächtnisse durch bloßen Widerruf, sei derselbe ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, aufgehoben werden könnten [77]). Dies nun vorausgesetzt, wird man allerdings annehmen dürfen, daß die in einem mündlichen Testamente angeordneten Vermächtnisse wegfallen, wenn der Testirer die darüber aufgenommene Urkunde zerstört hat, falls nicht die Vermächtnißnehmer beweisen können, daß sol-

75) L. 27. C. *de testam.* — S. überhaupt Bd. 38. d. Comment. §. 1429. S. 267—320.

75 a) S. *Jo.* Brunnemann comment. in Cod. ad L. 30. C. *de testament.* (VI. 23.). Nr. 4.

76) S. Bd. 38. d. Comment. S. 256 fgg. u. das. besonders S. 315 fgg.

77) Bd. 38. d. Comment. S. 321 fgg. — Ueber den Unterschied zwischen Erben und Vermächtnißnehmern s. A. Faber am oben (Note 73.) angef. Orte.

ches unabsichtlich, oder doch nicht in der Absicht, die Vermächtnisse aufheben zu wollen, geschehen sei.

§. 1435.

Von den Fällen, in welchen die in einem ganz oder theilweise vernichteten Testamente enthaltenen Anordnungen zu Recht bestehen.

Wenngleich die bloße Willenserklärung nicht hinreichend ist, um einem giltig errichteten Testament seine Kraft und Wirkung zu entziehen, so ist es doch eben so wenig blos die physische Zerstörung des Testaments oder seines Inhalts, wodurch dasselbe wirkungslos wird, sondern es muß dieselbe mit Absicht und Willensfreiheit vom Testirer oder auf seinen Auftrag erfolgt seyn. Wenigstens wird — vorausgesetzt, daß Daseyn und Inhalt des Testaments erwiesen werden kann — aus einem nicht mit dem Willen des Testirers zerstörten Testamente — dem Testamentserben eine wirksame **B. P. secundum tabulas** gegeben [78]), was sich practisch so ausdrücken läßt, wie vorhin geschehen ist [79]), obgleich eigentlich dabei die Vorstellung zu Grunde liegt, daß ein durch phy-

78) **L. 1. §. 3. D. *de bon. poss. sec. tab.*** („Semel autem exstitisse tabulas mortuo testatore desideratur, tametsi exstare desierint: quare, etsi postea interciderunt, bonorum possessio peti poterit"). **L. 1. §. pen. et ult. *eod.***

79) Gerade so, wie man sagen kann, das durch ein späteres Testament aufgehobene Testament gelte dennoch, wenn der Testirer das folgende in der Absicht, jenes gelten zu lassen, vernichte, ungeachtet es doch ebenfalls nur durch **sec. tab. B. P.** aufrecht erhalten wird. Vgl. Bd. 38. des Comment. S. 480.

sische Zerstörung ungiltig gewordenes Testament mittelbar wieder wirksam werde, indem den Testamentserben, welche den Willen des Erblassers für sich haben, eine doli exceptio gegen die Klage der Intestaterben (oder was einerlei ist, eine doli replica gegen deren exceptio) zustehe [80]). Nur muß, wie oben bemerkt wurde, das Daseyn und der Inhalt des Testaments erweislich seyn, und dieser Beweis liegt, eben so wie der, daß man den Willen des Testirers dennoch für sich habe, den eingesetzten Erben, und überhaupt Denen ob, welche durch die Vertilgung eine im Testamente ihnen gemachte Zuwendung einbüßen würden [81]). Doch kommen hierbei, wie überhaupt bei den Bestimmungen über Beweislast, die concreten Umstände sehr wesentlich in Betracht. Es kann dadurch die aus der Zerstörung abzuleitende, an sich gewiß sehr natürliche Vermuthung der Absicht des Testi-

80) L. 11. §. 2. in f. D. *de B. P. sec. tab.* (S. oben die Note 72. u. vgl. *Sam.* Stryk us. mod. Pand. *h. t.* §. 3.).

81) Daß nur ausnamsweise das Vernichtete gelte, mithin Denen, welche sich auf diese Ausnamen berufen, die Beweislast obliege, wird in allen über diese Lehre uns erhaltenen Quellenäusserungen zu bestimmt vorausgesetzt, als daß es Gegenstand gegründeter Zweifel seyn könnte. Es wurde ja sogar, für gewisse Fälle, wenigstens darüber gestritten: ob der Beweis, es sei die physische Zerstörung nicht mit dem Willen des Testirers geschehen, überall zulässig sei? S. L. 30. C. *de testam.* (VI. 23.) (u. über diese Stelle unten die Note 83.). — Auch ist der Grundsatz über die Beweislast allgemein anerkannt. *Joh.* Voet comment. in Pand. h. t. §. 4. u. die in der folg. Note anzuführenden Schriftsteller. — Von den Modificationen dieses Grundsatzes ist weiter im Texte die Rede.

ters, ſeine Anordnungen wieder aufheben zu wollen, aufgehoben oder doch ſo bedeutend geſchwächt werden, daß Denen hier zunächſt der Beweis aufzuerlegen iſt, welche darauf ein Recht gründen. Dies würde namentlich, wenn Alles hier nach allgemeinen Grundſätzen zu beſtimmen wäre, in folgenden Fällen anzunehmen ſeyn: wenn zwar die Siegel des Teſtaments gelöſ't ſind, im übrigen aber Alles im unverſehrten Zuſtande ſich befindet; denn es kann der Teſtirer dabei leicht ganz andere Abſichten gehabt haben, als Vernichtung des Teſtaments (z. B. es ſind ihm vielleicht nicht alle Beſtimmungen mehr erinnerlich, er möchte etwa noch Nachträge und Aenderungen vornehmen u. ſ. w.). Ferner, wenn das Teſtament zwar zerſtört, aber in den Händen eines Dritten gefunden wird; daß hier die Zerſtörung den Schluß rechtfertige, dieſelbe ſei auch mit des Erblaſſers Willen erfolgt, wird gewiß Niemand behaupten. In der That behauptet man auch gewöhnlich, daß in einem Falle dieſer Art keine Vermuthung für die Abſicht des Teſtirers ſtreite, das Teſtament oder einzelne Anordnungen deſſelben aufheben zu wollen [82]). Indeſſen verträgt ſich dies nicht mit einer Entſcheidung Juſtinian's des weſentlichen Inhalts: habe der Teſtirer ſelbſt das Band durchſchnitten, oder die Siegel erbrochen, ſo gelte das Teſtament nicht; ſei die Zerſtörung durch einen Dritten, oder durch Zufall erfolgt, ſo habe es rechtliche Wirkung, wodurch denn offenbar die Vermuthung wider die Geltung des Teſtaments im erſten

82) S. *W. A.* Lauterbach colleg. theor. pract. Lib. XXVIII. Tit. III. IV. § 16. *G. A.* Struve exercit. jur. civil. Exerc. XXXII. Th. 51. *Ulr.* Huber prael. ad h. tit. §. 4. Leyser med. ad Pand. Sp. 359. m. 1. 2.

Falle, ſo wie gegen dieſelbe im zweiten Falle ſanctionirt iſt [83]). Sollen aber die durchſtrichenen oder ſonſt zerſtörten Anordnungen des Teſtaments auf den Grund der Teſtamentsurkunde ſelbſt als geltende und wirkſame betrachtet werden, ſo müſſen ſie lesbar ſeyn, oder lesbar gemacht werden können: L. 1. pr. D. *h. t.* (ULPIANUS Lib. XV. ad Sabinum). „Quae in testamento legi possunt, ea inconsulto deleta et inducta nihilomi-

83) Es iſt dies die L. 30. C. *de testam.* (VI. 23.) mit der Inscriptio: *Joanni P. P.* und der subscriptio: *XV. Kal. Nov. post Consulatum Lampadii et Orestis.* Ausdrücklich erklärt der Kaiſer im Eingange, daß er die „controversias veteribus juris interpretatoribus exortas“ entſcheiden wolle. Dennoch hält Edm. Merillius ſie nicht für eine der quinquaginta decisiones, weil keine ſtreitige Rechtsfrage dadurch entſchieden, ſondern nur ein ſonſtiger Zweifel (?) beſeitigt ſei! (S. die vorletzte Abhandlung in deſſen prolegomenis zu dem Comment. über die 50 Deziſionen). Ihm ſind Abr. Wieling (jurisprud. restituta in indice legum Cod. p. 144.) und Jo. Sal. Brunquell (hist. jur. P. II. cap. VII. §. 7.) ohne Weiters gefolgt. — Daß aber der Kaiſer hier eine zweifelhafte Rechtsfrage entſcheiden wollte, dürfen wir nach ſeiner eigenen Angabe nicht bezweifeln. Wahrſcheinlich wollten Manche den Beweis, daß ein äuſſerlich zerſtörtes Teſtament dennoch den Willen des Erblaſſers für ſich habe, überall nicht zulaſſen, vielleicht der Unſicherheit der Sache und eines möglichen Betrugs halber. Darauf ſcheint der Schluß der Conſtitution hinzudeuten, worin der (in der Folge freilich wieder aufgehobenen) Verordnung gedacht wird, daß ja der Teſtirer entweder den Namen des Erben eigenhändig ſchreiben, oder vor den Zeugen ausſprechen müſſe (folglich ein Betrug ſich nicht befürchten laſſe). Vgl. Weſtphal Theorie des Röm. Rechts von Teſtamenten §. 919.

nus valent. Id autem, quod non jussu domini scriptum, inductum, deletumve est pro nihilo est. *Legi* autem sic accipiendum: non intelligi, sed oculis perspici, quae sunt scripta. Caeterum, si extrinsecus intelliguntur, non videbuntur legi posse; sufficit autem, si legibilia sunt inconsulto deleta sive ab ipso, sive ab alio. Sed nolentibus inducta accipiendum est, et si perducta sint." (Ueber den Sinn dieser letzten Worte s. oben die Note 20.).

Im Eingange werden wahrscheinlich die Worte des Sabinus [84]) vorgetragen: das Lesbare, wenn es auch ausgelöscht sei, gelte, falls der Erblasser es nicht absichtlich tilge. Und eben so wenig könne das gelten [85]), was

84) Nämlich bis zu den Worten: pro nihilo est. S. Cujacius ad h. l. (opp. ed. Neapol. T. I. p. 1085. in f.

85) Ich glaube, daß durch die hier genommene Wendung am besten der Sinn des „*Id vero*" u. s. w. ausgedrückt wird. Nach der Accursischen Glosse (Gl. *id vero*) wiederholt der Jurist nur den ersten Gedanken. Allein offenbar ist darin die Rede von Dem, was ein Dritter vorgenommen hat, im Gegensatz der Handlung des Erblassers. Auch läßt sich hieran noch ein practisch besonders wichtiger Satz knüpfen. Was nicht auf den Auftrag des Erblassers vernichtet ist, das hat überall keine Kraft; steht nun das fest, daß von einem Dritten die Handlung des Ausstreichens u. s. w. herrühre, so muß nunmehr Derjenige, welcher auf die Vernichtung des Testaments einen Anspruch gründet, den Beweis führen, daß dies mit dem Willen des Testirers geschehen sei. Es beruht dies eben so gut in der Natur der Sache, wie im Falle der vom Testirer eigenhändig vorgenommenen Vertilgung die Präsumtion, daß dieselbe absichtlich geschehen sei.

von einem Dritten, aber nicht auf den Auftrag des Erblassers [86]) niedergeschrieben oder vertilgt sei. — Zur Erläuterung des ersten Satzes nun fügt Ulpian hinzu: *Legi*, das heiße nicht: wenn das Vertilgte sich auf irgend eine Art, z. B. durch Conjecturen aus dem Zusammenhange wieder erkennen lasse, sondern es müsse die Schrift unmittelbar aus dem Testamente selbst erkannt und gelesen werden können [87]). Ob aber ohne Anwendung künstlicher Mittel, oder z. B. durch Hilfe chemischer Reagentien, ist gewiß einerlei; nur die Wiederherstellung des Sinnes durch Conjecturen ist hier ausgeschlossen, und das wird so ausgedrückt: wieder lesbar machen heiße nicht „intelligi," sondern „oculis perspici, quae sint scripta."

Ist nun aber auch ein anderweitiger Beweis über den Inhalt dadurch für ausgeschlossen zu halten? Möglich ist es, daß Sabinus dies meinte, und daß Ulpian, soweit er nur den Sinn der Worte des Sabinus wiedergeben will, den Gedanken auszudrücken sucht: kann das Weggestrichene nicht unmittelbar aus dem Te-

86) Daß dieser hier unter dem Dominus zu verstehen sei, bedarf keines Beweises. (S. auch die deutsche Uebersetzung dieser Stelle von Hunger in der von Otto, B. Schilling und Sintenis redigirten Uebersetzung des Corpus juris civilis Bd. III. p. 40. a. E.). — Uebrigens ist es nicht nöthig, statt *scriptum* zu lesen: inscriptum (s. darüber Smallenberg zu *Ant.* Schulting notae ad Dig. T. V. p. 38.), obgleich wahrscheinlich eine inscriptio oder superscriptio (s. oben den Text zur Note 13.) hier gemeint ist.

87) S. Gl. *si extrinsecus* ad h. l. (von Azo) u. *Dion.* Gothofredus ad eund. loc.

ſtamente ſelbſt wieder erkannt werden, ſo iſt es ſchlechthin ungiltig. Daß er dies aber nicht für das geltende Recht erklärt, iſt außer allem Zweifel. Denn erſtlich fügt er weiter unten hinzu: auch das völlig Unlesbare gelte, wenn es nicht vor der Vollziehung des Teſtaments getilgt ſei [88]), verſteht ſich unter der Vorausſetzung, daß der Inhalt oder Sinn des Weggeſtrichenen erweislich gemacht werden kann [89]). Sodann ſagt er an einem anderen Orte: es werde auch aus einem überall nicht mehr vorhandenen Teſtamente eine Bon. poss. sec. tab. gegeben [90]). Mit Recht wird daher unſere Stelle in den Baſiliken ſo paraphraſirt: es könne (unter der Vorausſetzung, daß dies mit dem Willen des Teſtirers übereinſtimme) das Hinterlaſſene gefordert werden, wenn es noch lesbar ſei, oder die Anordnung ſich ſonſt erweiſen laſſe [91]). Auf welche Art dieſer Beweis geführt wird, iſt gleichgiltig; am wenigſten Schwierigkeiten machen hier die Fälle, wenn der Inhalt des letzten Willens den Zeugen bekannt

88) L. 1. §. 2. D. *h. t.* (Siehe über dieſe Stelle oben die Note 57.) L. 1. §. 3. *eod.* (S. oben Note 73.).

89) S. Pothier Pand. Justin. ad h. tit. T. II. p. 194. Note f. a. E.).

90) L. 1. §. 3. D. *de bon. poss. sec. tab.* Zwar iſt hier die Rede von einem Teſtamente, welches beim Tode des Erblaſſers noch exiſtirte; aber der Grundſatz iſt allgemein: exiſtirte irgend einmal ein giltiges Teſtament, ſo kann daraus immer eine B. P. nachgeſucht werden, geſetzt auch, es ſei ſpäter zu Grunde gegangen. S. auch *Ulr.* Huber prael. jur. civil. T. III. ad *h. t.* §. 2.

91) Basilicor. Tom. IV. p. 782. ed. Fabrot.

iſt, oder ſich ein Teſtamentsentwurf, oder eine Abſchrift vorfindet [92].

Alſo — um die einzelnen, in einem anderen Zuſammenhange großen Theils, bereits erörterten Fälle, hier überſichtlich zuſammen zu ſtellen —:

1) iſt das Teſtament oder deſſen Inhalt ohne den Willen oder die Abſicht des Teſtirers zerſtört, ſo gilt es nach wie vor. Abſichtslos iſt auch die Handlung eines Wahnſinnigen; wenn daher ein Wahnſinniger ſein im geſunden Zuſtande errichtetes Teſtament vernichtet, ſo iſt dies bedeutungslos, falls nur der Inhalt des Teſtaments erwieſen werden kann: L. ult. D. *de injusto, rupto, irrito facto testamento* (SCAEVOLA Lib. XIII. Dig.) „Lucius Titius integra mente et valetudine testamentum fecit, uti oportet; postea, cum in valetudinem adversam incidisset, mente captus tabulas easdem incidit. Quaero, an heredes his tabulis instituti adire possint hereditatem? Respondit secundum ea quae proponerentur non ideo minus adiri posse.“ — Eben ſo wenig kann eine durch Zwang oder Hinterliſt oder durch ein bloßes Verſehen bewirkte Zerſtörung das Recht des Honorirten aufheben. Finden ſich z. B. die Namen der ſämmtlichen Erben durchſtrichen, und es ergiebt ſich aus ſpäteren Aeuſſerungen des Teſtirers, oder aus anderen Umſtänden, daß er nur den einen oder den anderen Erben habe ausſchließen wollen, ſo bleibt die Einſetzung der übrigen giltig [92 a]. Dies iſt

92) Vgl. hiermit *Ulr.* HUBER ad h. tit. §. 3. und *Barth.* CHESIUS differ. jur. Cap. 33. Nr. 5. (in der Jurispr. Rom. et Att. T. II. p. 718. a. E. fg.).

92 a) Einen hieher gehörigen Rechtsfall hat S. STRYK us. mod. Pand. h. t. §. 1.

auch alsdann noch anzunehmen, wenngleich der Teſtirer unter dem Teſtamente, oder in einer beſonderen Schrift, erklärt haben ſollte: was ſich ausgelöſcht oder durchſtrichen finde, das ſei von ihm ſelbſt und mit Abſicht geſchehen. L. 1. §. 1. D. *h. t.* — „ideo et si novissime [93]), ut solet, fuerit adscriptum: lituras, inductiones, superinductiones ipse feci [94]), non videbitur referri ad ea, quae inconsulto contigerunt.“

2) Tilgt der Teſtirer nur die Einſetzung des einen oder anderen Miterben, ſo behält nicht nur die der übrigen ihre volle Giltigkeit, ſondern es müſſen dieſelben auch die jenen auferlegten Vermächtniſſe erfüllen [95]). Eben ſo beſteht die Einſetzung des Subſtituten, wenn der Name des Erben, welchem derſelbe ſubſtituirt war, getilgt iſt [96]). Wenn aber auch der Fiscus an die Stelle eines heres ex asse, oder ſämmtlicher Miterben tritt, ſo muß er im

93) Ueber ſolche Schlußbemerkungen ſ. *Barn.* Brissonius de formulis. Lib. VII. c. 58. a. E. u. c. 60. a. E.

94) Ueber den Sinn dieſer Ausdrücke ſ. oben den Text zu den Noten 21. 22.

95) L. 2. D. *h. t.* — S. oben S. 93. fg. — Vgl. auch die folg. Note.

96) L. 1. §. 4. D. *h. t.* — Der Sinn dieſer ſchwierigen Stelle iſt im weſentlichen folgender: es fällt das Erbtheil des durch Namensdurchſtreichung ausgeſchloſſenen Erben weg (wenn derſelbe nämlich Miterben hat), oder die ganze Einſetzung, wenn einem heres ex asse ein Subſtitut gegeben iſt; ſoll alſo der Subſtitut durch den Fiscus ausgeſchloſſen werden, ſo bedarf es einer beſtimmten Erklärung des Teſtirers. S. die bereits im 36. Bande des Comment. S. 397. — 401. gegebene ausführliche Erklärung dieſer Stelle.

im Zweifel doch die Vermächtnisse anerkennen und erfüllen [97]). Kommt es in einem solchen Falle zur Intestaterbfolge, so fallen zwar an sich die Vermächtnisse weg (s. oben S. 94. fg.), allein durch Hinzufügung der Codicillarclausel können sie aufrecht erhalten werden, indem diese hier die Wirkung eines Intestatcodicills, also eines Auftrags an die Intestaterben hat, die Erbschaft anzutreten und gleich eingesetzten Erben die Vermächtnisse zu erfüllen [98]). — Wie nun aber, wenn Codizille neben einem Testamente vorkommen, und nur das Testament selbst vernichtet wird? Da dergleichen Codizille — die nicht bestätigten wie die bestätigten — einen Theil des Testaments bilden und mit demselben stehen und fallen [99]), so erfordert die Consequenz, hier ein Gleiches anzunehmen; also auch die Codizille für aufgehoben zu erklären, falls nicht das Testament die Codizillarclausel hat, diese aber unversehrt geblieben ist. Hat umgekehrt der Erblasser das Testament unversehrt gelassen, die Codizillarverfügung aber vernichtet, so fällt diese weg, wenn auch der Codizill im Testamente bestätigt seyn sollte, eben so wie wenn die Erbeseinsetzungen stehen geblieben, Vermächtnißbestimmungen aber durchstrichen sind [100]).

97) L. 3. D. *h. t.* — S. über diese Stelle oben S. 85 — 94.

98) Vgl. Voet ad Pand. h. t. §. 3.

99) L. 3. §. 2. L. 16. in f. D. *de jure codicillorum.* (XXIX. 7.).

100) L. 1. §. 5. D. *h. t.* „Si quis codicillos in testamento confirmavit, et codicillis aliquid adscripsit (d. h. nachher auch wirklich Codizille errichtet), mox delevit, ita ut appareat (d. h. die Codizille wieder ver-

3) Die Vernichtung eines von mehreren Exemplaren hebt die Gültigkeit des unversehrt gebliebenen Exemplars nicht auf [1]), und wenn beide von einander abweichen, so wird das Testament nach dem Inhalte des übrig gebliebenen ausgeführt [2]).

4) Einer unabsichtlichen Vernichtung steht es gleich, wenn die Handlung von einem Dritten ohne den Willen des Testirers [3]), oder durch einen bloßen Zufall erfolgt ist. L. 1. §. 11. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.). „Si rosae sint a muribus tabulae, vel lirum aliter ruptum, vel vetustate putrefactum, vel situ, vel casu: et sic videntur tabulae signatae, maxime si proponas, vel unum lirum tenere. Si vero forte,

nichtet, obgleich sie noch lesbar bleiben): an debeatur? Et Pomponius scribit, codicillos deletos non valere.“ — Westphal von Testamenten §. 920.

1) L. 4. D. *h. t.* — Die nähere Ausführung s. hierüber oben S. 93—102.

2) S. *Ulr.* Huber prael. ad h. t. §. 5. Er erzählt einen Fall, in welchem das übrig gebliebene Exemplar darin von dem zerstörten abwich, daß sich in demselben ein größeres Vermächtniß für Jemanden angeordnet fand, wie in dem vernichteten. Die Entscheidung konnte keinen Zweifel haben. Wäre keins der Testamente vernichtet, so würde freilich, nach einer ziemlich singulären Rechtsbestimmung, nur das kleinere Vermächtniß gegolten haben. L. 47. D. *de leg. II.* S. Bd. 38. d. Comment. S. 483 fg. Note 50. — Jetzt kam die Anordnung des übrig gebliebenen Testaments allein in Betracht, und sie würde natürlich auch allein berücksichtigt werden, wenn sie die weniger vortheilhafte gewesen wäre, da die entgegenstehende Verfügung immer für aufgehoben gelten mußte.

3) L. 1. §. 3. in f. D. *h. t.* L. 1. §. 10. D. *de Bon. poss. sec. tab.*

vel quater linum esset circumductum, dicendum est, signatas tabulas ejus extare, quamvis vel incisa, vel rosa sit pars uni“ [4]). — Der Sinn dieſer Stelle iſt klar: wenn das Teſtament von Mäuſen zernagt, oder der Faden gelöst iſt, womit es zuſammengeheftet war, ſei es durch Alter, Schimmel [5]) oder einen ſonſtigen Zufall, ſo gilt es doch immer noch für ein gehörig beſiegeltes, zumal wenn nur noch ein Faden hält; eben ſo wenn der Faden drei oder viermal um das Teſtament gewickelt war [6]) und eines der Bänder ſich durchſchnitten oder durchnagt findet. — Es bezieht ſich dies auf die Beſtimmung des Edicts, nach welcher eigentlich nur aus einem gehörig beſiegelten Teſtamente eine secundum tabulas Bonorum possessio gegeben werden ſollte [7]).

4) Haloander lieſt mit großer Wahrſcheinlichkeit pars lini, obgleich *uni* auch wohl ſtatt unius (wie alii ſt. alius) ſteht. *C. A.* Dücker de latin. Iet. vet. p. 369. Genauere literäriſche Nachweiſungen über dieſe Stelle finden ſich ſchon Bd. 34. d. Comment. S. 433. Note 69. Vergl. damit A. Schulting u. N. Smallenburg notae ad Dig. T. VI. p. 57. a. E. u. fg.

5) So iſt hier *situ* zu überſetzen, und nicht durch Lage, wie in der deutſchen Ueberſetzung des Corpus jur. civ. Bd. III. S. 890.

6) Es bezieht ſich dies auf die durch das Neronianiſche Sct. aufgekommene Art und Weiſe des Verſchlieſſens der Teſtamente. Pauli Sent. rec. Lib. V. Tit. XXV. §. 6. Vgl. Bd. 34. des Comment. S. 432 fgg. u. oben S. 80. Note 8.

7) Vgl. Gaji inst. II. §. 119. 147. Ulpiani Fragm. Tit. XXIII. §. 6. L. 7. D. *de Bon. poss. sec. tab.*

Lib. XXVIII. Tit. V.

De heredibus instituendis.

§. 1436.

Einleitung.

Den wichtigsten und wesentlichsten Theil eines Testaments bildet die Erbeseinsetzung. Ihre Giltigkeit ist davon abhängig, daß 1) der eingesetzte Erbe fähig sei, oder die s. g. testamenti factio passiva habe, 2) die Willenserklärung, wodurch die Erbesernennung erfolgt, auf gehörige Art an den Tag gelegt werde, und 3) die Nothherbenrechte gehörig berücksichtiget seien. Von dem letzteren Erfordernisse ist bereits ausführlich im zweiten Titel dieses Buchs gehandelt, und nur nebenbei wird es nöthig seyn, einzelnes dahin Gehörige hier wieder zu berühren. Ausführlicher muß dagegen von den beiden ersten Erfordernissen in diesem Titel gehandelt werden [8]),

8) Die hierbei von Hellfeld als Hauptschrift genannte Diss. von Jo. Tob. Carrach (resp. Loesing) de differentiis juris Romani et Germanici in heredis institutione voluntaria. *Hal.* 1746., ist ohne allen Gehalt und wird nur bei einzelnen Puncten als äusseres Zeugniß für diese oder jene Meinung genannt werden können.

womit denn (auf Veranlassung des Inhalts des Lehrbuchs nicht nur, sondern auch der Quellen) eine Darstellung des Verhältnisses der Miterben, soweit dies nicht mit dem Recht des Erbschaftserwerbes zusammenhängt, verbunden werden soll.

§. 1437.

Von der Erbfähigkeit. — Begriff und Unterschied derselben von dem Mangel des jus capiendi.

Erbfähigkeit ist die rechtliche Möglichkeit, in die vermögensrechtlichen Verhältnisse eines Verstorbenen einzutreten. In Beziehung auf die Begründung des Successionsrechts durch Testament wird diese Fähigkeit, wie die zur Errichtung eines Testaments, durch testamenti factio bezeichnet [9]); die Neueren nennen sie die passive Testamentifaction, im Gegensatz der activen. Jene ist nun in der Regel für Alle erforderlich, welche in einem Testamente bedacht werden sollen, also auch für Vermächt-

9) §. 4. in f. I. *de hered. qual. et differ.* L. 49. §. 1. D. *h. t.* L. 4. D. *pro herede vel pro possessore.* (XLI. 5.). „Constat eum, *qui testamenti factionem habet*, pro herede usucapere posse." — Statt des directen Ausdruckes: habet testamenti factionem, wird die Erbfähigkeit häufiger noch so umschrieben: testamenti factionem *cum testatore* habet (Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 1.), oder auch: est cum eo testamenti factio (Ulp. Fragm. l. l. §. 2. — §. 4. I. *de hered. qual. et differ.* L. 49. §. 1. D. *h. t.* u. a. a. O.), was offenbar auf die ursprüngliche, vertragsähnliche, Form der Manzipationstestamente hinweist. (Vgl. Bd. 38. d. Comment. S. 257 fg. Note 45.).

nehmer [10]). Doch ist es streitig, auf welchem Grunde dies beruhe [11]); auch gab es für Vermächtnisse gewisse

10) L. 7. D. *pro legato* (XLI. 8.). „Nemo potest legatorum nomine usucapere, nisi is, cum quo testamenti factio est.“ — L. 82. §. 2. D. *de leg. II.*

11) Diese Streitigkeiten hängen mit einer erst unten (L. XXXIV. Tit. 7.) genauer zu erörternden Lehre zusammen, — mit der Lehre von der regula Catoniana. Hier mag nur soviel darüber bemerkt seyn: Catos Regel drückt bekanntlich den Satz aus: daß Legate, welche ungiltig seyn würden, falls der Testirer gleich bei Errichtung des Testaments mit Tode abgienge, auch nicht giltig werden sollen, wenngleich das anfängliche Hinderniß vor dem Tode des Testirers weggefallen sei. L. 1. pr. D. *de regula Catoniana.* (XXXIV. 7.). Daß nun hiedurch die Rechtsregel: quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere“ (L. 29. D. *de reg. jur.*), nicht erst aufgestellt, sondern nur auf eigenthümliche Art angewandt sei (wie dies besonders von *C. L.* Harnier de regula Caton. *Heidelb.* 1820. zuerst ausgeführt ist), ist jetzt allgemein anerkannt. Gestritten aber wird noch darüber: ob erst durch die Regel das Erforderniß der Erbfähigkeit auch zur Zeit der Testamentserrichtung auf Legatarien bezogen worden sei, oder ob dasselbe sich hier, wie für den eigentlichen Erben, schon von selbst verstanden habe, und durch die Regel etwas Anderes bezweckt worden sei. Jenes behaupten namentlich Harnier in der angef. Diss. Roßhirt im Arch. für civ. Pr. Bd. X. S. 328 fgg. u. in d. Lehre von den Vermächtnissen nach Römischem Rechte. Heidelb. 1835. Bd. I. IV. Abh. 3. Cap. §. 22. S. 414 fgg. Dieses wird vertheidigt von Guyet (Abhandl. aus dem Gebiete des Civilrechts Nr. V.), W. Müller (Archiv für civilist. Pr. Bd. XIV. Nr. XIII.) und Arndts (Rhein. Mus. Bd. V. Nr. IX.), welche indessen darüber, worin der eigentliche Zweck dieser Rechtsregel zu suchen sei, bei-

Einschränkungen und Ausnahmen, welche bei Erbeseinsetzungen nicht gelten, von denen aber hier nicht gesprochen

neswegs mit einander übereinstimmen. Auch bin ich der Meinung, daß die erstere Ansicht durch das dagegen Beigebrachte noch keineswegs für widerlegt zu achten sei. Daß ein Legat nicht zu Recht bestehe, wenn es in einem nicht schon Anfangs zu Recht beständigen Testamente angeordnet war, oder wenn der Legatarius das commercium, also die Testamentsfähigkeit, nicht hatte, — dies verstand sich allerdings ganz von selbst. Aber folgte daraus schon, daß der Legatarius schon zur Zeit der Testamentserrichtung die Erwerbsfähigkeit haben müsse? Dies glaube ich nicht. Das Testament dachte man sich als ein Rechtsgeschäft zwischen dem Erblasser und dem Erben (s. die folg. Note); durch diesen wird jeder Erwerb eines Singularsuccessor vermittelt, auch selbst da, wo ein solcher ipso jure erwirbt. So wird der Legatar zwar ipso jure Eigenthümer der vermachten Sache (L. 80. in f. D. *de leg.* II.); dennoch aber ist rechtlich anzunehmen, das gesammte Erbgut sei, wenn auch nur auf einen Moment, in des Erben Vermögen gewesen, wovon denn unter anderen eine Folge ist, daß die zwischen den Sachen des Erben und des Erblassers bestehenden Servitutenverhältnisse durch Confusion erlöschen (L. 116. §. 4. D. *de leg. I.*). Die juristische Consequenz erforderte also nur, daß der Erbe schon zur Zeit der Testamentserrichtung das commercium habe, für den Legatarius dagegen mußte es nach allgemeinen Rechtsprinzipien genügen, wenn er zu der Zeit, wo sein Recht an dem vermachten Gegenstande begründet wurde, erwerbsfähig war. Dafür nun, daß man hierbei nicht stehen blieb, läßt sich mehr als ein Grund anführen. Höchstwahrscheinlich wirkte darauf der Umstand mit ein, daß man einem Legatar den beträchtlichsten Theil seines Vermögens zuwenden durfte. So kam es denn, daß die angeführte Rechtsregel (L. 29. D. *de reg. jur.*) in ihrer Anwendung auf Testamente auch so ausgedrückt wurde: „*Om-*

werden kann, wo wir die passive Testamentifaction zunächst nur mit Rücksicht auf die Einsetzung eines s. g. directen Erben zu betrachten haben.

Die testamentarische Erbfähigkeit nun muß nicht blos zur Zeit der Delation des Successionsrechts, sondern auch schon bei der Testamentserrichtung vorhanden seyn. Denn im Rechtssinne ist das Testament ein Geschäft mit dem Erben [12]); es folgte also von selbst, daß dieser das Commercium — wovon die testamenti factio nur eine Anwendung enthält [13]), sowohl zur Zeit der Errichtung des Testaments, als auch zu der Zeit, wo dasselbe in Wirksamkeit trat, haben mußte: L. 49. §. 1. D. *h. t.* (FLORENTINUS Lib. X. Instit. [14])). „In extraneis heredibus [15]) illa observantur, ut sit cum eis testamentifactio — — —: et id duobus temporibus

nia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint" (L. 201. *eod.*)

12) §. 9. I. de test. ord. („quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorum et heredem agi"). — Vgl. GAJI inst. II. §. 105. — „quia propter veteris juris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ord. gratia, creditur inter familiae emtorem agi et testatorem; quippe olim — — is, qui familiam testatoris mancipio accipiebat, loco heredis erat."

13) ULP. Fragm. Tit. XIX. §. 4. „*Mancipatio locum habet* inter cives Romanos — — — eosque peregrinos, quibus commercium datum est."

14) Diese Stelle ist in die Institutionen übergegangen als §. 4. I. *de hered. qual. et differ.* (II. 19.).

15) Ueber die Bedeutung dieses Ausdruckes s. die weiter unten folgende Erörterung.

inspicitur: testamenti facti, *ut constiterit institutio*, et mortis tempore, ut effectum habeat; hoc amplius, et cum adibit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio — —. Nam jus heredis eo vel maxime inspiciendum est, quo adquirit hereditatem: medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris — — mutatio juris heredi non nocet, quia, ut dixi, tria tempora inspicimus."

Es werden hier zuvörderst zwei Zeitpuncte unterschieden, der des errichteten Testaments und der des Todes; denn eine nach der Testamentserrichtung eintretende Unfähigkeit des Erben schadete dem Rechtsbestande des Testaments nicht, wenn nur bei der Delation des Erbrechts die Fähigkeit wieder vorhanden war. Darauf gieng die sprichwörtliche Redensart: media tempora non nocere [16]). Denn das in der Testamentshandlung liegende Geschäft mit dem Erben war an sich vollendet, sobald der Act der Testamentsvollziehung geschlossen war. Die Wirksamkeit eines giltig errichteten Testaments konnte durch vielerlei Gründe gehindert werden, welche mit dem Rechtsbestande des Testaments selbst und mit der Person des eingesetzten Erben in keiner Verbindung standen; namentlich durch einen auf gehörige Art an den Tag gelegten entgegenstehenden Willen des Testirers. War daher beim Anfall der Erbschaft das Testament noch giltig, so konnte der Umstand, daß in der Zwischenzeit der Erbe

16) L. 6. §. 2. D. *h. t.* (Ulp.) „*Solemus dicere*, media tempora non nocere; utputa civis Romanus heres scriptus, vivo testatore factus peregrinus, mox (ad) civitatem Romanam pervenit: media tempora non nocent." — Vgl. L. 59. pr. *eod.*

nicht hatte erwerben können, nicht weiter berücksichtigt werde. Anders verhält es sich, wenn der Anfall sich bereits ereignet hat. Von jetzt an ist Alles nach der Person des Erben zu bestimmen, folglich muß die vor dem Erwerb eintretende Unfähigkeit desselben die Wirkung des Testaments ganz vernichten [17]).

Was nun Florentinus damit sagen will, wenn er zuerst von zwei und sodann von drei Zeitpuncten spricht, ist leicht zu verstehen. Nur die beiden ersten erscheinen als durchaus verschiedene Momente, da die Zwischenzeit nicht in Betracht kommt, nach dem Beginn des zweiten aber eine Fortdauer der Fähigkeit erforderlich ist. Allein auch nur bis zum Zeitpunct des Erwerbs wird sie berücksichtiget; ist dieser vollendet, so können später eingetretene Ereignisse auf das Erbrecht keinen weiteren Einfluß haben [17 a]). Sehr entbehrlich sind daher die ausführlichen Erörterungen mancher neueren Juristen über die Frage: ob man hier überhaupt von mehr als zwei Zeitpuncten sprechen dürfe [18])? Jedenfalls aber verdient der Ausdruck des Florentinus Tadel, indem er zuerst von der testamenti factio sagt: duobus temporibus *inspicitur*; und darauf; quia, *ut dixi*, *tria tempora* inspicimus, da sich aus der vorangehenden Ausführung

17) Ein Beispiel s. in L. 1. §. 4. D. *ad Sct. Tertull.* (XXXVIII. 17.).

17 a) S. insonderheit Theophilus in der Paraphrase der Institutionen ad h. l.

18) Vgl. Vinnius ad §. 4. I. *de hered. qual. et differ.* Nr. 6. *Ulr.* Hüber ad eundem tit. Nr. 2. Noodt Probabil. Lib. I. c. 12. in f. — Vgl. auch Höpfner im Institutionen-Comment. §. 482. Note b. und Ed. Schrader in not. ad §. 4. I. cit. vor duob. temporibus und trin tempora.

doch nur mittelbar ergiebt, daß man allenfalls auch von drei Momenten sprechen könne [19]).

Leicht einer Misdeutung fähig ist es auch, wenn es im Eingange der Stelle heißt: bei extranei heredes sei die testamenti factio erforderlich. Wer nur diese Stelle vor Augen hat, könnte dadurch (per argumentum a contrario) zu dem Schlusse verleitet werden, für sui heredes gelte dies Recht nicht. Und doch wird allgemein anerkannt, daß auch eingesetzte sui testamentsfähig seyn müssen, und zwar hier ebenfalls die beiden Momente — der Testamentserrichtung und des Todes in Betracht kommen [20]). Von drei Zeitpuncten kann dabei freilich nicht die Rede seyn, indem die sui heredes gleich bei der Delation das Erbrecht erwerben [21]). Allein unmöglich konnte dies ein Grund seyn, weshalb der röm. Jurist sich so ausdrückte, da von dem dritten Erfordernisse erst später die Rede ist, der Eingang aber lediglich von der Nothwendigkeit der testamenti factio, überhaupt und zu den beiden Zeitpuncten spricht. Gewöhnlich erklärt man nun den anscheinenden Gegensatz so: die

19) Vgl. Vinnius ad §. 4. I. *de her. qual.* Nr. 5., wo der Ausdruck des Florentinus einer, wie mir scheint, gerechten Kritik unterworfen wird. Noodt und Schrader an d. a. O. nehmen jedoch auch in dieser Hinsicht den Florentinus in Schutz.

20) S. *Jac.* Cujacius in not. ad Instit. h. l. (ed. Neapol. T. I. p. 124.). *Ed.* Schrader in not. ad eund. loc. u. die sonst in den folgenden Noten noch angeführten Schriftsteller.

21) Hierin findet die Accursische Glosse den Grund, weshalb Florentinus nur von extranei heredis spreche. Vgl. auch Weber zu Höpfners Institutionen-Comment. §. 482. Note 5. a. E.

Eigenschaft eines suus heres ohne Testamentsfähigkeit sei ungedenkbar; hier falle also Beides nothwendig zusammen, mithin beschränke sich das practische Interesse einer Erörterung über Testamentsfähigkeit lediglich auf die extranei heredes [22]). Dagegen ist nun zwar erinnert: es lasse sich die Eigenschaft eines suus heres, als absolute Qualität, auch getrennt von der Erbfähigkeit denken, wenngleich nicht nach dem Pandectenrechte, doch nach dem der Constitutionen, weshalb denn doch die Andeutung eines Unterschiedes zwischen extranei und sui heredes immer nicht im Sinne des neueren Rechts sei [23]).

22) *Jan. a* Costa ad §. 4. I. *de hered. qual et diff.* Vinnius ad eund. loc. Nr. 2. 3. *Ulr.* Huber prael. jur. civ. *ad tit. inst. de hered. qual. et diff.* Nr. 2. Schrader l. l.

23) S. *Ulr.* Huber l. l. nach der Ausg. von Chr. Thomasius. — Der erstere hatte hier die gewöhnliche Ansicht wiederholt: Justinian beschränke das Erforderniß der testamentifactio auf extranei, „non quod cum suis eadem esse non debeat, sed quia non potest fieri, ut quisquam suus, nec tamen capax testamenti factionis; h. e. capiendi e testamento sit; quia, quibus modis aliquis desinit esse capax succedendi, iisdem quoque, si suus sit, desinet esse suus.“ Dagegen bemerkte Thomasius in dem Scholium: dies sei zwar die gemeine Meinung, indessen nach dem Constitutionen-Codex könne man es doch nicht mehr allgemein behaupten, da namentlich auch Häretiker nicht erbfähig seien, das Suitätsrecht aber ihnen verbleibe (S. die folg. Note). Dies giebt denn Huber auch zu, will es aber nur als Ausnahme gelten lassen, worauf in Definitionen oder allgemeinen Rechtsregeln keine Rücksicht genommen werden könne, was denn in der nova editio von Thomasius gebilligt, zugleich aber die Inconsequenz und Willkühr der Kaiser als Gesetzgeber beklagt wird.

Hierauf ließe sich wohl noch erwiedern: daß auch nach dem Constitutionenrechte dieselben Gründe, welche Erbfähigkeit vernichten, mit Nothwendigkeit und ganz von selbst auch die Qualität eines suus heres aufheben müssen [24]). Indessen hievon ganz abgesehen, könnte doch schwerlich eine Darstellung der Sache gerechtfertigt werden, wornach ein wirklicher Unterschied zwischen extranei und sui heredes angenommen werden müßte, wenn ein solcher in der That gar nicht existirte. Florentinus (sagt man) spricht hier von dem Erforderniß der Erbfähigkeit und bestimmt die Zeitpuncte, wo sie vorhanden seyn muß. Das gilt auch von den sui heres, nur ist es nicht nöthig, darnach zu fragen, weil Suität ohne Testamentsfähigkeit nicht gedenkbar ist. Indessen immer wäre alsdann die Suität nur eine Eigenschaft, welche zu der testamentifactio hinzuleiten ist, also ein von dieser an sich ganz verschiedener Begriff. Auf diese Weise scheint es also unmöglich, den Tadel abzuwenden. — Dachte nun der Röm. Jurist vielleicht an postumi sui? Der Grundsatz **persona incerta heres institui nequit**, also auch die Einsetzungsunfähigkeit der Postumen bestand zu seiner Zeit allerdings noch als Regel, so bedeutenden Einschränkungen er auch unterworfen war [25]). **Postumi sui**

24) Es sind hier die aus religiösen Rücksichten, z. B. wegen Häresie Ausgeschlossenen gemeint. — Thomasius beruft sich zwar darauf, daß die Nov. 115. Cap. 3. den Eltern nur das Recht zugestehe, die Kinder solcher Ursachen wegen zu enterben. Schwerlich aber läßt sich daraus schließen, daß man die Häretiker u. s. w. an sich für vollkommen rechtsfähige Subjecte gehalten habe. Mehr hierüber bei §. 438.

25) §. 25 sqq. I. *de legat.*

dagegen konnten längst unbedenklich zu Erben eingesetzt werden [26]), und so hätten wir denn eine Classe an sich erbunfähiger Subjecte, welche als sui eingesetzt werden dürften. Aber nur von Postumen, nicht von anderen sui heredes galt dies, man würde daher immer genöthigt seyn, die Aeusserung des Röm. Juristen zu ergänzen, etwa auf folgende Art: Für extranei gilt das Erforderniß der testamenti factio ohne alle Einschränkung, für sui aber giebt es hier gewisse Beschränkungen. Indessen ist dieser, jedenfalls etwas bedenkliche Ausweg nicht nöthig, wenn man sich hier strenge an den Ausdruck hält: „in extraneis heredibus illud observatur, *ut sit cum eis testamenti factio.*“ — Zwischen einem Hausvater und den seiner Gewalt unterworfenen Personen bestand kein commercium [27]), also eigentlich auch keine testamentifactio; wenn sie demnach zu Erben eingesetzt werden konnten, so war davon der Grund gewiß nicht, quod patrifamilias cum illis sit testamentifactio — denn dies war nach dem ganzen Verhältnisse unmöglich, — sondern weil der Hausvater sie, kraft seiner Gewalt, zu Nachfolgern in seine vermögensrechtlichen Verhältnisse bestimmen konnte, wie denn ja auch der Name necessarii heredes, darauf hinweist, daß sie zur Uebernahme der Erbschaft selbst wider ihren Willen genöthigt wurden [28]). So konnte denn Florentinus mit Recht sagen: die Einsetzung der extranei heredes ist davon abhängig, „ut sit cum eis

26) S. Bd. 36. d. Comment. S. 288. (Nr. 3.) — 299.

27) S. Gaji inst. III. §. 104. — §. 6. I. *de inutilib. stipul.*

28) Bd. 36. d. Comment. S. 145 fg.

eis testamentifactio;“ von den der Gewalt des Testirers unterworfenen Individuen (gleichviel ob sui heredes oder servi) läßt sich dies nicht sagen, da kein Commerzium mit denselben besteht, dennoch aber ist eine Einsetzung derselben möglich [29].

Man hat bei dieser Gelegenheit wohl noch gefragt: ob nicht auch die Suität zu den beiden Zeitpuncten, — dem der Testamentserrichtung und dem des Anfalls — vorhanden seyn müsse [30]? Der Sinn dieser Frage soll nicht seyn: ob der Testirer Jemanden als suus einsetzen könne, der es zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht ist. Denn alsdann würde sie lediglich mit der Frage coincidiren: ob die Einsetzung eines postumus suus geschehen könne? Sondern: ob ein eingesetzter heres extraneus als suus aus dem Testamente erben könne, wenn er zwar beim Tode des Testirers Suitätsrechte hat, oder ob nicht dadurch das Testament rumpirt wird? Lez-

29) Auf den ersten Anblick scheint sich diese Erklärung auch bei a Costa l. l. zu finden; indessen kommt dessen Ansicht doch am Ende wieder darauf zurück: es verstehe sich das Erforderniß der testamentifactio bei dem suus von selbst, da Niemand suus und zugleich unfähig zur Beerbung seyn könne. — *Math.* Wesenbecius ad cund. loc. bemerkt: von den sui habe hier deswegen nicht die Rede seyn dürfen, weil sie die testamenti factio aus der Person des Testirers hätten. Darüber spottet Vinnius l. l. mit den Worten: „Quis enim unquam fando audivit, quamquam habere testamentifactionem ex persona testatoris?“ Doch will Wesenbeck damit schwerlich etwas Anderes sagen, als was oben im Texte näher ausgeführt ist.

30) Bachovius ad Inst. l. l. Nr. 3. und Vinnius das. Nr. 2.

teres wurde früher, wenigstens von manchen Juriſten angenommen, und war allerdings auch conſequent; wogegen ſich in den Pandekten die Meinung anerkannt findet, daß dadurch das Teſtament nicht rumpirt werde, folglich der darin eingeſetzte Erbe als ſolcher ſuccedire [31]). Uebrigens gehört dieſe Frage ganz und gar nicht hieher, da ſie in keiner Verbindung mit der Erbfähigkeit ſteht, und die Suität nur eine beſondere Eigenſchaft iſt, welche, unter vorausgeſetzter Erbfähigkeit, lediglich auf die Art des Erbſchaftserwerbes ſelbſt einen Einfluß hat [32]).

Wie nun, wenn Jemand unter einer Bedingung zum Erben eingeſetzt wird? Hier kommt Alles darauf an, ob die Bedingung ſchon vor dem Tode des Teſtirers eingetreten iſt, oder nachher erſt eintritt. Im erſten Falle iſt ganz ausgemacht überall kein Unterſchied zwiſchen bedingter und unbedingter Einſetzung. Für den zweiten Fall geht die gewöhnliche Meinung dahin: der eingeſetzte Erbe

31) Vgl. Gaji inst. II. §. 141. mit L. 23. §. 1. D. *de lib. et post.* u. L. 18. D. *de injusto, rupto, irr. f. test.* — S. Bd. 36. d. Comment. S. 279 fgg.

32) S. Bachov l. l. Nr. 3. — Auf einer Begriffsverwechslung beruht es auch, wenn man bei der Frage: ob ein suus teſtamentsfähig und zwar zu beiden Zeiten ſeyn müſſe, eine Berufung auf L. 20. D. *de lib. et post.* findet. (S. z. B. Schrader in not. ad Inst. l. l.). Dieſe Stelle ſagt: wenn Jemand ſeinen Hausſohn unter einer Bedingung einſetzt und dieſer ſich, während die Bedingung noch ſchwebt, abrogiren läßt, ſo erbe er nicht als suus und necessarius heres. Natürlich; denn um als ſolcher erben zu können, muß man nothwendig Suitätsrechte beim Anfall der Erbſchaft haben. Aber mit Erbfähigkeit an ſich ſteht dies ja überall in keiner Verbindung.

Erbe muß fähig seyn bei der Testamentserrichtung, beim Anfall der Erbschaft, d. h. hier zur Zeit der eingetretenen Bedingung, und beim Erwerbe dergestalt, daß eine Unfähigkeit in der Zwischenzeit von der Testamentserrichtung bis zum Anfall nichts schadet, von der Delation an bis zum Erwerbe aber die Fähigkeit ohne Unterbrechung fortbestehen muß [33]). Im Wesentlichen wird mithin auch hier Alles so gehalten, wie bei der unbedingten Einsetzung, ausser daß an die Stelle der Todeszeit des Erblassers die der existent werdenden Bedingung tritt. — Für diese Meinung sprechen denn auch die überwiegenden Argumente, ja sie läßt sich buchstäblich aus den Quellen

33) Höpfner im Institutionen-Commentar §. 482. Note 4. beruft sich für diese Ansicht auf eine Schrift von Georg Heinr. Lehr Erörterung der Frage: in welchen Zeitpuncten der Testamentserbe oder Legatar erbfähig seyn müsse. Darmstadt 1792, mit der Bemerkung, daß in dieser Schrift die gemeine Meinung, wonach bei der bedingten Erbeinsetzung auf drei Zeiten — der Testamentserrichtung, der Todeszeit des Erblassers und der eingetretenen Bedingung gesehen werden müsse — gründlich widerlegt worden sei. — Die Schrift von Lehr habe ich, angewandter Mühe ungeachtet, nicht erhalten können; doch wird auch schon von manchen älteren Interpreten die hier vertheidigte Meinung als eine über allen Zweifel erhabene angenommen, z. B. von *G.* Noodt probabil. jur. Lib. I. cap. XII. in f. u. *Pet. de* Toullieu collectan. p. 441 sqq. Gewiß ist, daß seit Hofacker diese Meinung als die gemeine betrachtet werden kann, so daß die entgegenstehende meistens nicht einmal erwähnt wird. S. z. B. Höpfner a. a. O., Thibaut Pand. §. 947. Nr. II. 2. a. E. (der 8. Aufl.). Günther princip. jur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 735. C. II. Nr. II. Warnkönig comment. jur. priv. T. III. §. 1001.

begründen. Zuvörderſt aus der Stelle des Florentinus [34]). Nachdem dieſer bemerkt hat: zwei Zeitpuncte kämen weſentlich in Betracht, und auſſerdem müſſe der Erbe in der Zeit vom Tode des Erblaſſers bis zum Erwerbe fähig bleiben, fährt er ſo fort:

„*sive pure, sive sub conditione heres institutus sit;* nam jus heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris, *vel conditionem institutionis existentem*, mutatio juris heredi non nocet.“

Alſo: das Erforderniß, daß der Erbe zu zwei verſchiedenen Zeitpuncten fähig ſeyn und es dann bis zum Erwerbe der Erbſchaft bleiben muß, gilt auch für bedingte Einſetzungen; einſtweilige Unfähigkeit ſchadet nicht, wenn ſie in die Zeit von der Teſtamentserrichtung bis zum Tode des Erblaſſers oder der eingetretenen Bedingung fällt.

Noch deutlicher ſpricht dafür eine Stelle aus dem ſechszehnten Buche der Digeſten des Celſus [35]): „Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est: heres fit, si intra illud tempus, quo testator, decessit, redierit, *aut: si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio extitit.*“ — Beſtimmter kann es wohl kaum ausgedrückt werden, daß an die Stelle der Todeszeit bei unbedingten Erbeinſe-

34) L. 49. §. 1. D. *h. t.* u. §. 4. I. *de her. qual. et differ.*

35) L. 59. §. 4. D. *h. t.*

tzungen die der existirenden Bedingung bei bedingten trete: es soll genügen, wenn der Erbe, welcher durch capitis diminutio magna die Erbfähigkeit verloren hatte, beim Tode des Erblassers, oder, im Fall einer bedingten Einsetzung, zur Zeit der eingetretenen Bedingung sein früheres Recht wieder erhalten hat. — Es fehlt aber auch nicht an allgemeinen Gründen, wodurch diese Meinung unterstützt wird. Ist nämlich bei des Erblassers Tode die Bedingung noch nicht eingetreten, so wird die Delation des Erbrechts noch weiter hinausgeschoben, m. a. W. die Erbschaft ist gar nicht eher deferirt, bis die Bedingung eintritt [36]). Der Grund nun, weshalb Fähigkeit des Erben beim Tode des Testirers erforderlich ist, wird ausdrücklich in die rechtliche Möglichkeit gesetzt, durch hereditatis aditio den Erbschaftsanfall zu verwirklichen [37]); die Consequenz erforderte es also, in Beziehung auf das Erforderniß der Erbfähigkeit den Zeitpunct der eingetretenen Bedingung dem des Todes bei unbedingten Einsetzungen gleich zu stellen.

Indessen mögen hier noch einige mögliche Zweifel [38]) gegen diese Ansicht berührt werden. — Zuvörderst könn-

36) Arg. L. 17. D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7.) L. 13. pr. D. *de acq her.* u. L. 41. D. *de condit. et dem.* (XXXV. 1.). — *H.* Donellus comment. jur. civil. Lib. VII. Cap. IV., in der Ausg. von König T. IV. §. 7. — Vgl. C. F. Roßhirt die Lehre von den Vermächtnissen nach Röm. R. Bd. I. (Heidelb. 1835.) S. 435.

37) L. 49. §. 1. D. *h. t.* — „mortis tempore, *ut effectum habeat.*“

38) Bei keinem der von mir verglichenen Schriftsteller finde ich

ten sich die Gegner nämlich darauf berufen, daß der unter einer Bedingung eingesetzte Erbe noch vor deren Eintritt eine secundum tabulas bonorum possessio erhalten kann [39]). Nun darf allerdings nicht bezweifelt werden, daß diese Bonorum possessio einem Unfähigen nicht gegeben werden konnte [40]). Allein, will man auch zugeben, daß dies Recht wirklich in solcher Allgemeinheit gegolten habe, wie gewöhnlich angenommen wird [41]), so folgt doch daraus mit logischer Nothwendigkeit immer nur, daß zur Zeit der Nachsuchung der B. P. der Erbe erbfähig seyn müsse, nicht aber, daß bei bedingten Einsetzungen die Fähigkeit nach der Zeit des Todes zu bestimmen sei. Immer aber erscheint das Recht solcher Erben auf eine B. P. als bloße Modifica-

diese Zweifelsgründe berühret; doch glaubte ich, darauf aufmerksam machen zu müssen.

39) L. 5. pr. L. 6. L. 10. D. *de Bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.). L. 12. D. *qui satisd. cog.* (II. 8.). L. 8. pr. D. *de stipulat. Praetor.* (XLVI. 5.). — *Jac.* Cujacius obs. jur. Rom. Lib. IX. cap. 5..

40) L. 59. §. 4. D. *h. t.* („Idem et in legatis, et in bonorum possessionibus" —). L. 12. §. 1. D. *de bon. poss.* (XXXVII. 1.). „Ubicunque lex vel Senatus, vel constitutio capere hereditatem prohibet, et bonorum possessio cessat."

41) Daß dies Recht großen Einschränkungen unterworfen war, ergiebt sich aus einzelnen der oben (Note 40.) angeführten Stellen, namentlich aus der L. 6. D. *de B. P. sec. tab.* zur Genüge. Wir werden darauf unten beim Titel *de acq. her.* wieder zurückkommen. Doch kommt dies für die Entscheidung der gegenwärtigen Controverse in keinen Betracht.

tion, wodurch fest anerkannte Grundbegriffe des Erbrechts nicht erschüttert werden können.

Ein anderer Zweifelsgrund liesse sich daraus hernehmen, daß (wie wenigstens gewöhnlich behauptet wird) nach der Lex Julia und Papia Poppaea testamentarische Erbschaften und Legate erst von dem Zeitpunct der Testamentseröffnung deferirt werden, was erst Justinian wieder aufgehoben habe [42]). Wenn nun (könnte

42) In L. un. C. *de cad. toll.* (VI. 50.). — *J. G.* Heineccius comment. ed Leg. Jul. et Pap. Poppaeam. Lib. III. Cap. II. p. 376. macht hieraus ein eigenes Capitel (und zwar das erste) der Lex caducaria, welches so genannt habe: „Hereditatem, si plures sint coheredes extranei, tabulis testamenti apertis demum adire liceto, neque ante dies legatorum, jure vel in diem certum relictorum, cedito;“ und ihm sind die Neueren, wenigstens in der Annahme des Hauptsatzes, gefolgt; vgl. v. Löhr im Archiv für civilist. Praxis Bd. V. Abh. XV. Nr. II. S. 388. a. E. Schweppe Röm. Rechtsgesch. §. 452. a. E. d. 3. A. — Sehr unsicher bleibt diese Annahme immer; denn die beiden Quellenäusserungen, worauf man sie zunächst gründet, sprechen nur von dem Eintritt der Begründung des Rechts aus einem Vermächtnisse (quando dies legati cedat) nach dem Recht der Lex Papia Poppaea; in Folge der Bestimmung dieser Lex sei dies nicht, wie früher die Todeszeit des Erblassers, sondern die Zeit des eröffneten Testaments. Ulpiani Fragm. Tit. XXIV. §. 31. L. un. §. 1. C. *de caducis toll.* In der letzten Stelle heißt es zwar: „Cum igitur materiam et exordium caducorum lex Papia ab aditionibus, quae circa defunctorum hereditates procedebant, sumpsit“ u. s. w. Indessen drückt dies ja immer nur den Satz aus, daß nach der Zeit der Antretung die Frage entschieden worden sei, ob Caducität eintrete, oder nicht (L. 52. D. *de*

man ſagen) dennoch die Pandekten-Juriſten die Fähigkeit des Erben beim Tode des Erblaſſers erfordern, ſo iſt kein Grund vorhanden, warum nicht ein Gleiches für bedingte Erbeseinſetzungen gelten ſolle. Denn: „Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi“ [43]); hiernach würde alſo die Erbſchaft, welche erſt nach eröffnetem Teſtamente angetreten werden kann, auch nicht eher für deferirt gehalten werden dürfen. — Aus gleichem Grunde könnte dann freilich auch die Erbſchaft eines, dem Gerüchte nach, von ſeinen Sclaven getödteten Erblaſſers nicht eher für deferirt gehalten werden dürfen, bis nach Vorſchrift des Senatus Silanianum die peinliche Unterſuchung vorgenommen war [44]), und auch jetzt noch dürfte man nicht von deferirter Erbſchaft ſprechen, ſo lange ein phyſiſches oder juriſtiſches Hinderniß (z. B. ein erwarteter postumus) der Antre-

leg. II.). — Vgl. unten die Note 43. u. 46. — Uebrigens ſoll dies hier nur beiläufig geſagt ſeyn; die Lehre vom Erbſchaftserwerb wird uns eine Veranlaſſung geben, darauf wieder zurückzukommen, zur Begründung der über die Zeitpuncte der Erbfähigkeit bei bedingter Erbeinſetzung hier vertheidigten Anſicht iſt eine genauere Erörterung dieſes Zweifels nicht erforderlich.

43) L. 151. D. *de Verb. Signif.* Die Stelle iſt aus dem fünften Buche des Terentius Clemens ad Leg. Jul. et Pap. Popp. genommen. Man ſetzt alſo voraus, daß der Juriſt an eine Vorſchrift der Lex, wonach vor der Teſtamentseröffnung die Antretung nicht ſolle geſchehen können, den Satz geknüpft habe: alſo iſt früher auch die Erbſchaft noch gar nicht deferirt. — Möglich iſt dieſer Zuſammenhang zwar, aber nothwendig gewiß nicht.

44) Pauli sent. rec. Lib. III. Tit. V. §. 1 — 12. und T. T. Dig. *de Scto Silaniano* (XXIX. 5.).

tung im Wege steht. In der That sprechen denn auch die Alten hievon so, als sei vor beseitigtem Hinderniſſe die Erbschaft noch gar nicht deferirt [45]), man müßte hiernach also sagen: deferirt ist eine Erbschaft erst, wenn dem wirklichen Erwerbe derselben nichts entgegensteht [46]). — Allein ganz ausgemacht werden in Beziehung auf die Fähigkeit zu erwerben zwei Zeitpuncte unterschieden, der des Todes und der des Eintritts der Bedingung. Es kann dies unmöglich nur soviel heißen: vor eingetretener Bedingung kann man die Erbschaft indessen nicht fest erwerben; denn sonst wäre die Erwähnung dieses Zeitpuncts ganz überflüssig und es hätte überhaupt genügt, wenn gesagt wäre: vom Tode bis zum Erwerbe soll die Fähigkeit fortbestehen. Die Auszeichnung des Moments der eingetretenen Bedingung muß

45) L. 84. D. *de acq. her.* „Ventre praeterito — — —, quamdiu rumpi testamentum potest, *non defertur ex testamento hereditas.*“ —

46) Jedenfalls ist es also doch sehr bedenklich, an den Gesichtspunct, daß nach der Lex Jul. et P. P. testamentarische Erbschaften erst mit der Eröffnung des Testaments deferirt seyen, practische Folgen zu knüpfen, wie namentlich von Löhr geschieht, indem er aus jenem Grund die s. g. transmissio Theodosiana eintreten lassen will, auch wenn der Erbe den Erblasser gar nicht überlebt, weil das Gesetz von K. Theodos II. des Wegfallens vor der Testamentseröffnung erwähne, was mithin so interpretirt werden müsse: vor dem Anfalle der Erbschaft. S. das Archiv für civilist. Pr. Bd. II. S. 192 fgg. (Nr. 7.). Eine gleiche Meinung haben: Hugo Lehrb. des Röm. Rechts S. 163. d. siebente Ausg. und Marezoll in der von ihm Linde und von Wening-Ingenheim herausgegebenen Zeitschr. für Civilr. u. Prozeſs. Bd. II. S. 61.

also jedenfalls soviel bedeuten (wie dies denn auch meistens angenommen wird), daß eine in der unmittelbar vorausgegangenen Zeit Statt findende Unfähigkeit nicht beachtet wird. Wenn nun auch die Röm. Juristen die Ansicht aussprachen: eine wirksame Delation des Erbrechts ist überall noch nicht eher vorhanden, bis kein Hinderniß sich dem Erwerbe mehr entgegenstellt, so wollten sie darum doch gewiß noch nicht jedes Hinderniß dieser Art einer conditio pendens gleichsetzen, und damit fällt denn auch die obige Schlußfolgerung von selbst weg.

Indessen auch ohne Berücksichtigung dieser Gründe behaupten Manche, daß der bedingt Eingesetzte auch zur Todeszeit des Erblassers fähig seyn müsse. So Reinhard Bachop [47]), Arn. Vinnius [48]), Ulr. Huber [49]), Carl Christoph Hofacker [50]). Jedoch nimmt der erste an, daß die Zeit der eingetretenen Bedingung von dem Zeitpunct des Todes nicht getrennt werden dürfe, indem jene mit zur Erwerbszeit gehöre; die übrigen dagegen sind der Meinung, daß man bei der bedingten Einsetzung drei an sich durchaus verschiedene Zeitpuncte zu unterscheiden habe, indem die nach dem Tode des Erblassers eingetretene Unfähigkeit des Erben nicht schade, wenn derselbe nur beim Eintritt der Bedingung wieder fähig geworden sei. Darum dürfe man frei-

47) Comment. in instit. ad §. 4. I. *de hered. qual. et diff.* Nr. 2. in f. u. Nr. 3. nach der Mitte.

48) Comment. ad eund. loc. Nr. 7.

49) Prael. jur. civil. T. I. ad tit. Inst. *de hered. qual. et diff.* Nr. 3. in f.

50) Princip. jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1289. Note b.

lich noch nicht vier Zeitpuncte annehmen, was wohl von den Gegnern dieser Absicht eingewandt werde; denn von dem Anfall, also der Zeit der eingetretenen Bedingung, bis zum Erwerbe dürfe sich ja die Fähigkeit nicht mehr ändern; nur das verdiene Tadel, daß Florentinus seine tria tempora offenbar auf beide Fälle beziehe, bei der bedingten Einsetzung aber, drei ganz verschiedene Momente vor Augen habe, bei der unbedingten dagegen, sich den Endpunct (das tempus aditionis) als einen verschiedenen Zeitpunct denke [51]). Nur Vinnius führt übrigens Gründe für diese Meinung an, die aber darauf hinausgehen, daß die eingetretene Bedingung Alles auf die Zeit des Todes zurückführe, oder die Einsetzung alsdann so behandelt werde, wie wenn sie unbedingt erfolgt wäre [52]). Indessen die Wirkungen eines Erbschaftserwerbes müssen nothwendig immer gleich sein, es mag der Erwerb auf den Grund einer bedingten oder unbedingten Einsetzung erfolgen, es versteht sich überhaupt von selbst, daß in allen Fällen es so angesehen wird, als habe der Erbe gleich nach dem Tode des Erblassers dessen vermögensrechtliche Verhältnisse fortgesetzt [53]). Was aber daraus für die Zeitpuncte der Erbfähigkeit folgen soll, ist in der That nicht einzusehen; es könne ja die Wirkungen eines Rechtserwerbs gleich seyn, ohne daß darum schon die Bedingungen desselben es seyn dürfen. Am wenigsten aber kann ein Argument dieser Art gegen klare Quellenbestimmungen, wie wir sie hier haben, in Betracht kommen.

51) So namentlich Vinnius l. l.

52) L. 26. in f. D. *de condit. instit.*

53) L. 54. D. *de acquir. her.* L. 138. pr. L. 193. D. *de reg. jur.*

Dieſer geradezu entgegengeſetzt iſt die Meinung, „daß es bei dem unter einer Bedingung ernannten Erben überhaupt genüge, wenn er zur Zeit des Erbſchaftsanfalls der Einſetzung fähig iſt und dieſes bis zum wirklichen Erwerbe der Erbſchaft bleibt, daß aber ſein Verhältniß zur Zeit der Teſtamentsvollziehung hierbei nicht in Betrachtung komme“ [54]). Sie gründet ſich auf L. 4. Dig. *de Catoniana regula* (XXXIV. 7.). „Placet, Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere.“ — Bei der früher ſo gewöhnlichen Anſicht über die Catonianiſche Regel, daß durch ſie nämlich der Grundſatz erſt aufgekommen ſei, wonach ein Erbe ſchon bei der Teſtamentserrichtung fähig ſeyn müſſe, muß man ſich faſt wundern, daß jene Meinung nicht verbreiteter iſt. Zu ihren eifrigſten Vertheidigern gehört Jac. Gothofredus [55]), welcher ſie mit der vorausgehenden Stelle [56]) in Verbindung bringt und dieſe auf folgende

54) So drückt ſich hierüber aus Weber zu Höpfner §. 482. Note 4. a. E.

55) in comment. ad tit. de regul. jur. ad L. 210. D. *de reg. jur.* (opera min. ed. Trotz p. 1232 sqq.). Auch Cujacius vertheidigt der Hauptſache nach die nämliche Anſicht, und weicht nur in der Erklärung der einzelnen Stellen von Gothofredus ab. S. die folg. Note.

56) L. 3. D. *de reg. Cat.* Papinianus Lib. XV. Quaest. „Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem.“ — Cujacius Lib. IV. observat. cap. 4. und ad Papin. Quaest. Lib. XV. ad L. 3. (ed. Neapol. T. IV. p. 385 sqq.) will ſtatt *hereditates* leſen: *libertates*. Dieſe grundloſe Emendation, welcher auch eine ganz fal-

Art erklärt: Die Catonianiſche Regel bezieht ſich nicht auf ſolche Erbſchaften und Legate, welche nicht gleich mit dem Tode des Erblaſſers erworben werden, — alſo nicht auf die bedingten Zuwendungen. Die entgegenſtehende Anſicht von A. Faber [57]) behandelt er durchaus wegwerfend, und doch beruht dieſe auf einer im Ganzen durchaus richtigen Anſicht von dem Zwecke und der Bedeutung der Catonianiſchen Regel. Seine Meinung geht nämlich dahin: für Erbeseinſetzungen verſtand ſich die Regel ganz von ſelbſt. Vermächtniſſe dagegen erhalten ihre rechtliche Geltung zunächſt durch eine giltige Erbeseinſetzung; abgeſehen von dieſer kommt bei denſelben die Zeit der Teſtamentserrichtung an ſich gar nicht in Betracht, ſondern nur die Todeszeit des Erblaſſers, womit erſt ihre rechtliche Bedeutung beginnt, **cedit legatorum dies a tempore mortis** [58]). Dies gerade iſt der Grund der eigenthümlichen Faſſung der Catonianiſchen Regel: das Legat ſoll nicht gelten, auch wenn der Teſtirer im Moment der Errichtung deſſelben mit Tode abgienge. — Dies Alles iſt ſo trefflich ausgeführt, daß die geringe Aufmerkſamkeit, welche dieſe Theorie fand, in der That höchſt auffallend iſt. Indeſſen gieng Faber gewiß zu weit, wenn

ſche Anſicht von der Catonianiſchen Regel zu Grunde liegt, wird faſt von allen Auslegern verworfen.

57) Conjectur. Lib. XII. cap. 19.

58) Dieſer den Vermächtniſſen durchaus eigenthümliche Ausdruck beweist allein ſchon die Unrichtigkeit der von Gothofredus (ſ. die Note 55.) gegebenen Erklärung der L. 3. D. *de reg. Cat.*, indem hiernach auch von Erbſchaften hätte geſprochen werden müſſen, quorum dies non mortis tempore cedit. — Vgl. *E. L.* Harnier de regula Caton. §. XI.

er den Ausdruck *conditionales* in der L. 4. *eod.* für unächt erklärte[59]), um nämlich das argumentum a contrario zu beseitigen: ist die Catonianische Regel nur auf bedingte Einsetzungen nicht anwendbar, so muß sie doch für unbedingte gelten! Eines so gewagten Mittels bedarf es aber nicht. — Allerdings könnte man glauben, daß, wenn es wirklich feststand, die Catonianische Regel gehe überall nicht auf Erbeseinsetzungen, nun nicht noch erst bemerkt werden durfte, sie gehe auch nicht auf bedingte Einsetzungen[60]). Indessen darf man nicht vergessen, daß beide Stellen nicht einen zusammenhängenden Satz bilden und verschiedenen Verfassern angehören. — Die Catonianische Regel enthält ihrer wesentlichen Grundlage nach die Anwendung einer allgemeinen Regel auf Vermächtnisse; dennoch aber drückt sie etwas anderes aus, als den Grundsatz: eine testamentarische Verfügung, welche bei der Errichtung des Testaments nicht gelten könnte, kann auch später nicht giltig werden; denn sie schließt

59) — „utpote quae in textum haud dubie irrepserit ex glossa imperiti interpretis, id ipsum fortasse existimantis, quod recentiores nostri, regulam Catonianam ad puras institutiones delatasque ex iis hereditates pertinere.“

60) Will man emendiren, so liegt vielleicht die Annahme noch näher, daß Ulpian hier (wie in der L. 41. §. 2. D. *de leg. I.*, welche ebenfalls aus seinen Commentarien zu Sabinus genommen ist) geschrieben habe: Catonianam regulam ad *conditionalia* non pertinere, in den undeutlich geschriebenen Endbuchstaben von *conditionalia* konnte man leicht eine Sigle zu finden glauben und diese in institutiones auflösen. Doch fehlt es auch dieser Hypothese an aller sicheren Begründung, und darum soll hier darauf nichts gebaut werden.

ihrer Fassung nach die Anwendung jenes Grundsatzes auf solche Vermächtnisse aus, an welchen ein Recht nicht schon von selbst durch den Tod des Erblassers begründet wird. Dies ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, doch folgt es von selbst aus ihrer Fassung. Darum darf man nicht sagen; sie drückt dasselbe aus, was von Erbeseinsetzungen gilt. Denn entweder müßte man sie alsdann auch auf bedingte Legate anwenden; oder umgekehrt bedingte Erbeseinsetzungen von der Regel: quod ab initio non valet u. s. w. ausschließen. Beides aber würde falsch seyn. Jenes, weil die Regel Cato's nur diejenigen Vermächtnisse für ungiltig erklärt, welche es seyn würden, wenn der Testirer gleich bei Errichtung des Testaments mit Tode abgienge; daraus darf aber gefolgert werden, daß die Vermächtnisse gelten, deren Rechtsbestand von einer Bedingung abhängig gemacht wird [61]). Für Erbeseinsetzungen gilt eine solche Einschränkung nicht, und deshalb war die Bemerkung von Bedeutung: die Regel geht weder auf hereditates, noch auf Legate „quorum dies non mortis tempore cedit;" m. a. W. man darf sie nicht verwechseln mit der Regel: „quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest" [62]). — Immer aber lag die Möglichkeit einer Verwechslung sehr nahe, da Cato allerdings davon ausging, ein Grundprinzip des Erbrechts, das sich indessen auf Erbeseinsetzungen beschränkte, auch auf Legate zu beziehen, dagegen die Einschränkung der

61) „Purum igitur legatum Catoniana regula impediet, conditionale non: quia ad conditionalia Catoniana non pertinet" sagt Ulpian Lib. XXI. ad Sabinum; L. 42. §. 2. in f. D. *de leg. II.*

62) L. 110. D. *de reg. jur.*

Regel auf Vermächtnisse, die gleich beim Tode des Erblassers wirksam werden, nur das Resultat einer Interpretation aus der Fassung der Regel war. Sicher fehlte es daher auch nicht an Juristen, welche bei Erbeseinsetzungen alles eben so halten, mithin den Grundsatz: quae ab initio inutilis fuit institutio u. s. w. auf unbedingte Einsetzungen beschränken wollten. Diese Auslegung nun misbilligt Ulpian mit Recht, indem er sagt: „*Placet*, Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere“ [63]); das heißt: so wenig wie die Catonianische Regel überhaupt auf Erbeseinsetzungen geht, eben so wenig darf man die in derselben liegende Beschränkung hierauf anwenden. — So hatten also beide Sätze (der in der L. 6. und L. 4. enthaltene) ihrem ursprünglichen Zusammenhange nach Sinn und Bedeutung, nur die Compilatoren hätten freilich besser gethan, den zweiten entweder vollständiger oder gar nicht aufzunehmen, da er in seiner jetzigen Form nur allzuleicht Misverständnisse über die ganze Regel veranlassen konnte [64]).

Fassen wir nun noch das Resultat der vorstehenden

63) L. 4. D. de *regula Caton.*

64) Angedeutet findet sich diese Erklärung bei *Jac.* Voorda interpret. et emendat. cap. XLV. — Vgl. *E. L.* Harnier de regula Catoniana §. IX.; der aber, ohne sonstige Erklärung über das Verhältniß beider Stellen, blos erinnert, daß argumenta a contrario sehr bedenklich bei der Interpretation der Quellen des Röm. Rechts seien. — Müller im Archiv für civilist. Praxis Bd. XIV. Abh. XIII. S. 281. Auch hier vermißt man eine genauere Erörterung; er will die L. 4. nur als Folgerung aus dem Satz der vorausgehenden Stelle (Catoniana regula non pertinet ad hereditates) angesehen wissen.

Erörterung kurz zusammen, so ergiebt sich: die L. 4. cit. hat nicht den Sinn: die Regel, eine Anfangs ungiltige Einsetzung kann auch in der Folge nicht geltend werden, ist auf unbedingte Einsetzungen zu beschränken, vielmehr umgekehrt: die aus der Fassung der Catonianischen Regel sich ergebende Beschränkung leidet auf bedingte Erbeseinsetzungen keine Anwendung. Jedenfalls ist also dadurch die Meinung für widerlegt zu halten, daß bei bedingten Erbeseinsetzungen der Erbe nicht schon zur Zeit des errichteten Testaments erbfähig zu seyn brauche, wie man auch sonst über die Bedeutung der Catonianischen Regel denken möge. Nimmt man nämlich mit Arndts [65]) an, daß sie überall nicht auf Erbfähigkeit zu beziehen sei, so fällt ohnehin alle Anwendung der in der L. 4. enthaltenen Bestimmung auf unseren Gegenstand weg; im entgegengesetzten Falle kann zwar noch gefragt werden: ob denn nicht auch Vermächtnißnehmer zu denselben Zeitpuncten, wie Erben, die testamentifactio passiva haben müssen [66])? Wenn man indessen diese Frage auch

65) Ueber die Catonianische Regel, im Rhein. Mus. Bd. V. S. 210 fgg.

66) Dafür scheint der allgemeine Ausdruck der L. 59. §. 4. D. *h. t.* zu sprechen. („Idem et in legatis" —.) Allein da dieser Satz in unmittelbarer Verbindung mit dem vorausgehenden auch so verstanden werden kann: bei bedingten Dispositionen müsse die Erbfähigkeit zur Zeit der eingetretenen Bedingung vorhanden seyn, so beweist dies nichts gegen die übrigen Argumente, wonach bei bedingten Vermächtnissen auf die Fähigkeit bei der Testamentserrichtung nichts ankam; L. 41. §. 2. in f. D. *de leg. I.* L. 98. D. *de condit. et dem.* (XXXV. 1.). L. 3. D. *de regula Caton.*, nämlich, wenn man von der Voraussе-

bejahe, so folgt ja daraus noch nichts für die Meinung, daß Erbfähigkeit bei bedingten Einsetzungen nicht erforderlich sei, sondern der Inhalt der L. 4. cit. könnte im Zusammenhange mit andern hieher gehörigen Rechtssätzen alsdann etwa so paraphrasirt werden: aus der Fassung der Catonianischen Regel ergiebt sich, daß sie überall nicht auf solche Legate geht, quorum dies post mortem testatoris cedit; diese Beschränkung ist aber nicht anerkannt und auf bedingte Einsetzungen geht die Regel schon an sich nicht.

Immerhin mag übrigens die Frage: wenn bei bedingten Einsetzungen Fähigkeit vorhanden seyn müsse? unter den Alten selbst streitig gewesen seyn, was nach dem so eben über den ursprünglichen Sinn der L. 4. D. *de reg. Cat.* Gesagten wohl angenommen werden darf; doch ist es kaum für zweifelhaft zu halten, daß die Compilatoren sich der Meinung angeschlossen haben, wonach bei bedingten Erbeseinsetzungen, wenn die Bedingung beim Tode des Erblassers noch nicht eingetreten ist, nur der Zeitpunct des Eintritts derselben an die Stelle der Todeszeit des Testirers tritt, im Uebrigen aber Alles gleich ist [67]). Indessen eine Einschränkung der Regel, daß

zung ausgeht, daß diese Regel überhaupt auch auf das Erforderniß der Erbfähigkeit gieng.

67). Bliebe hierüber ja noch ein Zweifel, so würde dieser vollständig durch die Paraphrase des Theophilus zu §. 4. I. *de hared. qual. et differ.* widerlegt werden können. Sie lautet so, (nachdem er zuerst den Satz der Institutionen wiederholt hat, daß zu den beiden Zeiten, bei Errichtung des Testaments und beim Tode die Erbfähigkeit vorhanden seyn müsse): wenn aber Jemand die Sache genau unter-

daß Erbfähigkeit bei bedingter Einsetzung auch zur Zeit der Testamentserrichtung erforderlich sei, wird ziemlich allgemein angenommen: der Testirer soll nämlich einen Unfähigen auf den Fall, daß er fähig werden würde, wirksam zum Erben einsetzen können, nur müsse dies ausdrücklich erklärt werden. Diese Theorie gründet sich hauptsächlich auf folgende Stelle aus dem zweiten Buche der Pandectae des Modestinus: „In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse benevolentiae est, veluti: *Lucius Titius, cum capere potuerit, heres esto.* Idem et in Legato“ [68]).

Manche bringen diese Einschränkung sogar in Verbindung mit dem Satze: Catoniana regula non per-

untersucht, so findet er noch einen dritten Zeitpunct, an welchem Testamentsfähigkeit des Erben vorhanden seyn muß, alsdann nämlich, wenn dieser die Erbschaft antritt. Dabei macht es auch keinen Unterschied, ob er ohne Bedingung oder unter einer solchen eingesetzt ist. — — Ist in der Zwischenzeit von der Testamentserrichtung bis zum Tode des Testirers, oder, bei bedingter Einsetzung, bis zum Eintritt der Bedingung, der Zustand des Erben verändert, so schadet ihm dies nicht. Wenn der Erbe also bei Errichtung des Testaments Bürger war und nachher das Bürgerrecht verliert, es aber vor dem Tode des Testirers, oder bei bedingter Einsetzung vor Eintritt der Bedingung, wieder erhält, so u. s. w.

68) L. 62. pr. D. *h. t.* — Vgl. hiermit L. 51. pr. D. *de leg. II.* „Si ita quis testamento suo cavisset: illi quantum plurimum per legem accipere potest, dari volo; utique tunc, cum quandoque capere potuerit, videtur ei relictum. Sed etsi dixerit: quam maximam partem dare possum, damnas esto heres meus ei dare, idem erit dicendum.“

tinet ad conditionales institutiones, so wie sie denselben auffassen, nämlich: das Erforderniß der Erbfähigkeit zur Zeit der Testamentserrichtung falle weg bei bedingten Einsetzungen; folglich müsse man auch die Bedingung der Fähigkeit geradezu ausdrücken können [69]). Andere, auch schon ältere Juristen, wollen diese Stelle überall nicht auf den Mangel eigentlicher Erbfähigkeit beziehen, sondern nur auf den des jus capiendi, d. h. auf die Fälle, wo bei an sich vorhandener Erbfähigkeit das Gesetz (namentlich die Lex Jul. et Pap. Poppaea) die Möglichkeit des Erwerbes noch von besonderen Bedingungen abhängig macht [70]), und von Neueren, welche

69) *H.* Donellus comment. jur. civ. Lib. VI. cap. XVII. § 30. (d. Ausg. von König).

70) So *Reinh.* Bachovius ad Treutler. disp. Vol. II. Disp. XI. T. III. in f. p. 613. Vinnius ad pr. I. *de heredib. inst.* Nr. I. in f. u. ad §. 9. ej. tit. Nr. 6. in f. *Barth.* Chesius interpr. jur. Lib. I. Cap. I. (in der jurisprud. Rom. et Att. cum praef. Heineccii T. II. p. 5 sqq.). Indessen mengt auch dieser Schriftsteller die Catonianische Regel (in der gewöhnlich ihr beigelegten Bedeutung) hier wieder ein. Seine Ansicht ist folgende: die Stelle gehe nur auf solche Individuen, welche an sich erbfähig waren, aber in Folge gewisser Gesetze nur nicht erwerbfähig. Wenn nun solche Personen ohne nähere Bestimmung eingesetzt und auch zur Zeit des Anfalls erbfähig seien, so würde doch die Catonianische Regel ihrem Rechte entgegengestanden haben, indem diese auch die Fähigkeit des Erben bei der Testamentserrichtung erfordere. Für einzelne Klassen dieser nur des Erwerbs Unfähigen hätten die Gesetze selbst gesorgt; so sei bestimmt, daß Latini Juniani und Coelibes, wenn sie nur innerhalb hundert Tagen nach dem Tode des Erblassers die Capacität erlangt hätten, das ihnen Zugewandte

sich hierüber geäussert haben, wird die Richtigkeit dieser Erklärung auch nicht einmal bezweifelt [71]). Der Ausdruck: cum capere potuerit, worauf man hier alles Gewicht zu legen pflegt, würde freilich bei seiner großen Unbestimmtheit [72]) eben nicht viel bedeuten; doch bin auch ich der Meinung, daß der Röm. Jurist hier an das jus capiendi im engeren Sinne gedacht habe [73]). Bei

sollten erhalten dürfen. (Ulpiani Fragm. Tit. XVII. §. 1. u. Tit. XXII. §. 3.). Andere dagegen hätten eigentlich nichts erhalten können, indessen habe man nachgelassen, sie unter der Bedingung der Erwerbfähigkeit einsetzen zu dürfen. — Diese durchaus inconsequente und selbst mit den Aeusserungen der Quellen über das jus capiendi im Widerspruche stehende Meinung wird wohl einer besonderen Widerlegung nicht bedürfen. Vgl. auch unten die Note 91.

71) S. unten die Note 92.

72) S. z. B. §. 4. I. *de hered. qual. et differ.*

73) Es spricht dafür nicht blos der Ausdruck (cum *capere* potuerit), welcher vorzugsweise von der Capazität im Sinne der Lex Julia et Papia Poppaea gebraucht wird (s. die weiter unten folgende Ausführung über die Beschränkung der Erwerbsfähigkeit durch diese Lex), sondern auch der Umstand, daß die Veranlassung zur Entstehung einer solchen Regel, wie Modestinus sie in der L. 62. pr. *h. t.* anerkennt, gerade in Beziehung auf das jus capiendi im Sinne jenes Gesetzes ausserordentlich häufig vorkommen mußte. Die Beschränkungen giengen zunächst auf Coelibes (Unverheirathete) und Orbi (Kinderlose). Man weiß nun, wie oft die Testirer ähnliche Zwecke, wie sie das Papische Gesetz hatte, durch ihre Auflagen zu befördern suchten — durch conditio nuptiarum und liberorum. Solche Auflagen aber würden häufig ganz wirkungslos gewesen seyn, wenn der Erblasser sich

der Frage: ob eine bloße Beschränkung der Erwerbsfähigkeit vorhanden sei, kam ohnehin nicht die Zeit der

dabei nur den gesetzlichen Bestimmungen über die Erwerbszeit hätte anschließen dürfen; man gestattete also ganz allgemein die Einsetzungen auf die Zeit der Erwerbsfähigkeit hin (S. unten S. 153. fgg.). Dies erhellt denn auch auf das deutlichste aus einer anderen Stelle, der **L. 51. D.** ***de leg. II.***, welche dem achten Buche des Commentars von **Ulpianus** zur **Lex Julia et Papia** entnommen ist, und so lautet: „**Si ita quis testamento suo cavisset:** ***illi, quantum plurimum per legem accipere potest, dari volo;*** **utique tunc, cum quandoque capere potuerit, videtur ei relictum. Sed etsi dixerit:** ***quam maximam partem dare possum, damnas esto heres meus ei dare,*** **idem erit dicendum.**“ — **Heineccius** (comment. ad Leg. Jul. et Pap. Pappaeam p. 344.) versteht diese Stelle so: der Sinn einer solchen Dispositon sei der gewesen, daß der Honorirte zur gesetzlich bestimmten Erwerbszeit soviel solle erhalten können, als ihm möglicherweise nach dem Gesetze zukommen könne. Was er nun hiernach nicht hätte erhalten können, das sei nicht als caduc an das Aerarium gefallen, sondern beim Erben geblieben, — denn legirt sei ja eben nur soviel, als möglicherweise der Honorirte erwerben könne; darin soll denn der Zweck und der practische Nutzen dieser Art zu verfügen bestanden haben. — Allerdings konnte der Testirer dies bezwecken, und immer war dadurch für den Erben (der, wie sich von selbst versteht, **capax** seyn mußte) sehr gut gesorgt, indem er ja nur insoweit belästigt war, als der Honorirte etwas erhalten konnte. Indessen daß dies nicht als der einzige Zweck solcher Dispositionen betrachtet werden darf, ergiebt sich aus dem Ausdruck und dem Inhalt der Stelle mit großer Bestimmtheit. **Ulpian** sagt ja ganz deutlich: **utique** ***tunc, cum quandoque capere potuerit,*** **videtur ei**

Testamentserrichtung in Betracht, sondern die des Erwerbes. Wenn daher den Testirern auch gestattet wurde, diesen Zeitpunct noch etwas hinauszuschieben, so wurde dadurch doch nicht gegen erbrechtliche Grundprinzipien verstoßen, wie der Fall gewesen seyn würde, wäre ihnen die Einsetzung Unfähiger erlaubt worden. Indessen glaube ich, daß doch noch etwas Anderes in der Stelle liege, und daß sie nach dem Geiste des neueren Rechts hauptsächlich in diesem Sinne aufgefaßt werden müsse, wenn gleich ihr ursprünglicher darum nicht ganz ausgeschlossen ist. — Bekanntlich konnten Erbeinsetzungen früher überall nicht von Bedingungen abhängig gemacht werden, und auch als dies möglich wurde, da erhielten sich doch aller-

relictum. Das ist doch gewiß nicht anders zu verstehen, als daß der Eintritt der Bedingung auch noch über die gesetzliche Erwerbszeit hinaus abgewartet werden müsse. Wir sehen also hieraus, daß man Bedingungen dieser Art sogar noch begünstigte, indem das tunc, cum quandoque capere potuerit, sich von selbst verstehen soll, wenn der Testirer sich auch nur ganz allgemein in der obigen Art geäussert hat. Eine Bestätigung erhält diese Auslegung auch durch die unmittelbar darauf folgende Aeusserung Ulpians: „Is, cui in tempus liberorum tertia pars relicta est, utique non potest adoptando tertiam partem consequi“ (L. 51. §. 1. *de leg. II.*). Bei der so allgemein ausgedrückten conditio liberorum durfte doch sicher nicht blos auf die gesetzliche Erwerbszeit gesehen werden; nun ergiebt sich aber aus dem unmittelbaren Zusammenhange beider Aeusserungen, daß die Verfügung: quantum plurimum per legem accipere potest, eben nichts anderes ist, als eine Zuwendung unter der conditio liberorum, wobei nur Ulpian die Einschränkung macht, die Bedingung könne nicht durch Adoptionen umgangen werden, da sie auf Erzeugung von Kindern gerichtet sei.

lei Beschränkungen. So durften weder Resolutivbedingungen noch Zeitbestimmungen einer Erbschaft hinzugefügt werden [74]), und selbst der Grundsatz, daß die nach der Natur des Rechts sich von selbst verstehenden Bedingungen nicht als wahre Bedingungen wirken sollen [75]), läßt sich in gewisser Beziehung als eine solche Beschränkung betrachten, fofern nämlich ihre Hinzufügung nicht geradezu überflüssig erscheint, sondern möglicherweise dadurch ein Recht suspendirt werden kann. Namentlich galt es nicht für ein bedingtes Vermächtniß, wenn der Legatar unter derselben Bedingung wie der Erbe eingesetzt wurde, eben so wenig, als wenn die Bedingung auf den Erbschaftserwerb von Seiten des Erben gestellt wäre, weil sich immer von selbst verstehe, daß der Legatar nichts erhalten könne, wenn der Erbe nichts erwerbe [76]). Offenbar liegt nun aber hierin eine Beschränkung des Dispositionsrechts für den Testirer, da es doch möglich ist, daß der Testirer den Eintritt des Rechts für den Vermächtnißnehmer (das cedit dies legati) wirklich bis dahin suspendiren wollte. Ohne alle Modification blieb indessen dieser Grundsatz nicht. Namentlich behandelte man es als wirkliche Bedingung, wenn der Testirer den Eintritt des Rechts ausdrücklich von der Willenserklärung des Honorirten selbst abhängig gemacht hatte, falls nicht die völlige Nutzlosigkeit einer solchen Bestimmung ganz offenbar war [77]).

74) §. 9. I. *de heredib. instit.* — L. 88. in f. D. *h. t.*

75) L. 99. D. *de condit. et dem.* (XXXV. 1.).

76) L. 21. §. 1. D. *quando dies leg. vel fideic. cedat.* (XXXVI. 2.).

77) Als bedingte Erbeseinsetzung galt es daher zwar für einen

Kehren wir nun zu unſerer Stelle zurück, ſo konnte die teſtamentariſche Beſtimmung: Dieſer oder Jener ſoll mein Erbe ſeyn, cum capere potuerit, mit mehreren Regeln des älteren und ſtrengen Rechts in Colliſion kommen. — An Zeitbeſtimmungen durften Erbeseinſetzungen nicht geknüpft werden. Auch dieſe Regel verlor nach und nach Manches von ihrer Strenge: war der Termin kein in aller Hinſicht feſt beſtimmter, ſo galt die Anordnung als bedingte [78]) und auch die Hinzufügung eines certus dies bewirkte nicht mehr Ungiltigkeit der Einſe-

suus, wenn dieſer mit der Clauſel: si voluerit zum Erben eingeſetzt war, nicht aber für den voluntarius heres. L. 86. §. 1. D. *h. t.* L. 12. D. *de condit. instit.* (XXVIII. 5.). „Verba haec: *Publius Mevius si volet heres esto*, in necessario conditionem faciunt, ut si nolit, heres non existat; nam in voluntarii heredis persona frustra adduntur, cum, etsi non fuerint addita, invitus non efficiatur heres.“ — Für den voluntarius heres erſcheint dieſe Bedingung allerdings als eine völlig überflüſſige, da hier ſchlechterdings dadurch nichts ſuspendirt wird, indem er vor ſeiner Erklärung ohnehin nichts erwirbt. Anders verhielte es ſich dagegen mit dem Legatar, indem gleich beim Tode des Erblaſſers dies legati cedit, falls es kein bedingtes iſt. Wenn daher ſein Recht auch erſt realiſirt wird nachdem der Erbe die Erbſchaft erworben hat, ſo konnte ja nichts deſtoweniger der Erblaſſer Gründe haben, auch den Eintritt des Rechts an ſich (das cedit dies legati) von dem Zeitpunct des Erbſchaftserwerbes abhängig zu machen. Dennoch gilt es als unbedingtes Vermächtniß, wenn daſſelbe unter der nämlichen Bedingung, wie die Erbeseinſetzung, angeordnet iſt. S. die vor. Note.

78) L. 75. D. *de condit. et dem.* „Dies incertus conditionem in testamento facit.“

tzung, ſondern dieſe beſtand nun als völlig bedingungsloſe — als pura institutio [79]). Seit dem Aufkommen des erſten Satzes konnte nun freilich der bloße Ausdruck einer Modalität in Form einer Zeitbeſtimmung der Erbeseinſetzung nicht mehr ſchaden: das cum capere potuerit war nunmehr eine Bedingung. Allein auch ſo ließ ſich immer noch Manches wider ihre vollſtändige Wirkſamkeit einwenden. Teſtamentariſche Dispoſitionen ſollen nichts enthalten, wodurch den Beſtimmungen des jus publicum im e. S. derogirt wird [80]); wurde aber das: cum capere potuerit buchſtäblich angewandt, ſo mußte dieſe Beſtimmung auch noch nach der Zeit wirken, binnen welcher der Eintritt des jus capiendi, für manche Fälle wenigſtens, geſetzlich beſtimmt war [81]), Sodann ſollten ja auch ſich von ſelbſt verſtehende Bedingungen gar nicht beachtet werden (ſ. die Note 75.); zu

79) §. 9. in f. Inst. *h. t.* L. 34. D. *h. t.* „Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio.“ — Darauf, daß hierin eine Einſchränkung des ſtrengen Rechts liege, macht auch Vinnius ad §. 9. Inst. h. t. Nr. 3. aufmerkſam, indem er bemerkt: „Quod dies tollitur, *benevolentiae est, ne pereat ultima defuncti voluntas.*“ Aehnlich äuſſert ſich auch ſchon *Jan. a* Costa ad eund. loc.

80) L. 3. D. *qui test. fac. poss.* (XXXVIII. 1.). „Testamentifactio non privati, sed publici juris est.“ Anwendungen davon finden ſich namentlich in L. 15. §. 1. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2.) und L. 13. C. *de testam.* (VI. 23.).

81) S. Ulpiani Fragm. Tit. XVII. §. 1. — v. gr. si coelibi vel Latino Juniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel coelebs legi paruerit, vel Latinus jus Quiritium consecutus sit.“

dieſen gehörte an ſich auch die Bedingung der Erwerbfähigkeit. Nun aber konnte ja doch die Abſicht des Teſtirers darauf gerichtet ſeyn, dem Erben die Erbſchaft zuzuwenden, auch wenn dieſer beim Tode des Erblaſſers oder zu der geſetzlichen Erwerbszeit nicht fähig ſeyn würde. Immer alſo beruhete es auf einer liberalen Interpretation der erbrechtlichen Grundprinzipien, wenn man jene Dispoſition nicht nur zuließ, ſondern ihr auch alle Wirkung zugeſtand, d. h. ſie ſo anwandte, wie es der wahrſcheinlichen Willensmeinung des Teſtirers gewiß war. So konnte denn der Röm. Juriſt mit vollem Rechte ſagen: „**In tempus capiendae hereditatis instituí heredem posse *benevolentiae est*,**“ und man darf aus dieſem Ausdrucke nicht ſchlieſſen, daß die Einſetzung eines Unfähigen unter der Bedingung künftiger Erbfähigkeit ſchlechthin geſtattet ſei, aus dem Grunde nämlich, weil ſonſt dem Teſtirer nichts zugeſtanden ſeyn würde, wozu er nicht ohnehin ſchon berechtigt geweſen ſei [82]). Aber auch das wird dieſer Anſicht nicht entgegengeſtellt werden dürfen, daß hiernach die Zulaſſung der Einſetzung **in tempus capiendae hereditatis** ohne alle practiſche Bedeutung ſeyn würde, indem ja ſchon im neueſten Röm. Rechte die Verhältniſſe weggefallen ſeien, worauf ſich jenes **jus capiendi** bezogen habe. Dies Letztere hat ſeine Richtigkeit [83]), und eben ſo ausgemacht iſt es, daß man bei der practiſchen Anwendung einzelner Quellenäuſſerungen nicht

82) Dieſen Grund ſucht, unter anderen, **Joh. Altamiranus** geltend zu machen, in comment. ad Lib. VI. Quaestion. Scaevolae Tr. VI. §. 34; in **Meermani** thes. jur. civ. et can. T. II. p. 459. B.

83) L. un. pr. C. *de cad. toll.* (VI. 51.).

gerade nur auf ihren urſprünglichen Sinn zu ſehen habe[84]), ſondern ein daraus abzuleitender Rechtsſatz in dem Sinne zu verſtehen und anzuwenden ſey, welcher ihm gegenwärtig noch zukommen kann[85]). — Indeſſen folgt daraus keineswegs, daß die Möglichkeit der Einſetzung eines Erben in tempus capiendae hereditatis ſchlechthin auf eine bei der Teſtamentserrichtung vorhandene Unfähigkeit bezogen werden müſſe. Nur in einer Beziehung wird der vom Verfaſſer der Stelle eigentlich gemeinte Begriff des jus capiendae hereditatis auf gewiſſe Weiſe erweitert oder anders beſtimmt werden müſſen, um jetzt von dieſer Vorſchrift Gebrauch machen zu können, nämlich darin, daß man dafür ganz allgemein den der Erwerbfähigkeit ſubſtituirt; wie man denn überhaupt das Erforderniß der Fähigkeit zur Zeit der Teſtamentserrichtung und zur Zeit der Delation unbeſchadet der Wahrheit und Genauigkeit der Begriffe ſo ausdrücken kann: der Erbe muß teſtamentsfähig und erwerbsfähig ſeyn. Dies nun vorausgeſetzt, ſo kann auch jetzt noch ein Erblaſſer ſich aus guten Gründen veranlaßt finden, einen zur Zeit der Teſtamentserrichtung fähigen Erben in tempus capiendae hereditatis einzuſetzen, d. h. zu verfügen: wenn der Erbe auch beim Tode des Teſtirers die Erwerbsfähigkeit eingebüßt habe, ſo ſolle er darum noch nicht von der Erbſchaft ausgeſchloſſen ſeyn, ſondern der Wiedereintritt der Fähigkeit abgewartet werden müſſen[85 a]).

84) L. 20. u. 21. D. *de legib.* (I. 3.).

85) Mein Lehrb. des Pandektenrechts Bd. I. §. 65. u. 67.

85 a) Dies iſt auch die Anſicht Lehr's in der nach Höpfner citirten Erörterung der Frage, in welchem Zeitpuncte u. ſ. w. §. 15. (S. Höpfner Comment. §. 482. Note 4.). Ferner

So läßt sich denn die gemeine Meinung weder durch hinreichende theoretische Gründe, noch durch ein practisches Bedürfniß vollständig rechtfertigen. Dennoch ist sie nicht von allen Gründen entblößt. Zuvörderst kann man sich darauf berufen, daß ja auch die Einsetzung eines **postumus suus**, selbst wenn dieser zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht einmal geboren, mithin gewiß nicht erbfähig war, gestattet wurde [86]). Auch hierbei kam der Ausdruck wesentlich in Betracht und zwar mußte dieser auf das Eintreten einer bei Errichtung des Testaments noch nicht vorhandenen Eigenschaft des eingesetzten Erben gestellt werden, z. B. **si filius meus vivo me moreretur, tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam in decem mensibus proximis natus erit, heres esto** [87]). In der That war dies nichts Anderes, als die Einsetzung eines zur Zeit noch gar nicht erbfähigen Subjects unter der Bedingung, wenn er künftig erbfähig seyn und zu dem Erblasser in dem Verhältnisse eines **suus heres** stehen würde [88]). Nun läßt

finde ich sie bei Schweppe das Röm. Recht in seiner Anwendung. Ausg. von Meier Bd. V. §. 788. a. E.

86) Vgl. Gaji inst. II. §. 242. L. 29. D. *de lib. et post.* (XXVIII. 2.). — Bd. 36. d. Comment. S. 176.

87) L. 29. pr. D. *de lib. et post.* — Vgl. auch L. 28. §. 3. *eod.*

88) *Joh.* Altamiranus ad Scaevolae Quaest. Tr. VI. §. 32. sqq. (bei Meerman T. II. p. 459.) sucht übrigens darzuthun, daß zwischen beiden Fällen ein wesentlicher Unterschied bestehe. Durch Zulassung der Einsetzung eines **postumus suus** sei überall nicht von dem Grundsatze abgewichen, daß der Erbe zur Zeit der Einsetzung testamentsfähig seyn müsse, indem ja nicht die Bedingung auf die

sich dies freilich nicht schlechthin auf unseren Fall anwenden, da die Gestattung der Einsetzung eines Postumus durch ganz eigenthümliche Gründe motivirt wurde [89]); immer aber steht soviel fest, daß schon die alten Juristen die Einsetzung eines Erbunfähigen in besonderen Fällen für möglich hielten, wenn nur die Bedingung der Fähigkeit auf gehörige Art ausgedrückt wurde. — Sodann ist doch gewiß nicht zu läugnen, daß seit Aufhebung der Gesetze, welche einen Unterschied zwischen eigentlicher Erbfähigkeit und dem **jus capiendi** nöthig machten, die Anwendung des Grundsatzes: man könne einen Erben auch in **tempus capiendae hereditatis** einsetzen, nach der oben davon gegebenen Erklärung sich auf äusserst selten vorkommende Fälle beschränken mußte, sollte sie anders überhaupt practische Bedeutung haben. Es liegt also doch gewiß die Frage sehr nahe: haben nicht schon die Compilatoren den Ausdruck **capere posse hereditatem** hier in dem allgemeinen Sinne verstanden, worin er ja auch früher schon bisweilen vorkommt, nämlich für erbfähig seyn? Wenn aber das ist, so läßt sich die rechtliche Möglichkeit, Jemanden auf die Zeit hin, wo er erbfähig seyn wird, einzusetzen, schwerlich anders deuten, als daß auf diese Weise auch ein bei der Testamentserrichtung noch Unfähiger eingesetzt werden könne. Und fragen wir weiter nach dem practischen Stande der Sache, so möchte sich doch wohl nachweisen lassen, daß die gemeine Mei-

Zeit der Fähigkeit gestellt sei, sondern die Einsetzung selbst; m. a. W. der Postumus könne gar nicht eher für eingesetzt gehalten werden, bis der Zeitpunct seiner Fähigkeit und seiner Eigenschaft als suus heres eingetreten sei! Gerne bekenne ich, daß mir diese Distinction zu hoch liegt.

89) Bd. 36. d. Comment. S. 176 fg.

nung eine Usualinterpretation für sich habe. Die Glosse kennt gar keine andere [90]), und wenn sich auch späterhin einzelne Stimmen dagegen erhoben, so wurden diese doch kaum beachtet [91]), wie denn die gangbaren Lehr- und Handbücher des Römischen Rechts (welche nicht ganz hierüber schweigen, wie dies z. B. bei Hofacker u. a. der Fall ist) fast ohne Ausnahme von der Befugniß, einen Unfähigen unter der Bedingung der Erbfähigkeit einzusetzen, gestützt auf die L. 62. pr. *h. tit.*, als von einem ganz unzweifelhaften Rechtssatze zu sprechen pflegen [92]) und nur erst in der allerneuesten Zeit wiederum sich einige Stimmen dagegen geregt haben [93]). Hiernach dürfte

90) S. die Accursische Glosse *cum capere* ad L. 62. pr. D. *h. t.*

91) Vgl. oben die Note 70. Nur bei folgenden Schriftstellern aus einer spätern Zeit finde ich diese Meinung erwähnt und anerkannt: *Joh.* Voet comment. ad Pand. tit. de heredib. inst. §. 22. in f. *R. J.* Pothier Pand. Iustin. Nr. 183. in f. (T. II. p. 351. A.). *Greg.* Majansius ad trig. ICt. Fragm. P. II. p. 88. Höpfner in dem Institutionen-Commentar §. 482. Note 4. erwähnt die Meinung von Vinnius, verwirft sie indessen, ohne Gründe anzuführen. Eben so Westphal von Testamenten u. s. w. §. 167. a. E.

92) S. Höpfner a. a. O. Thibaut Pandektenrecht §. 947. Nr. II. 1. (d. 8. Aufl.). v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts nach Heise Buch V. Cap. 3. §. 43. Meine doctr. Pand. Vol. III. §. 642. Nr. 4. Seuffert Lehrb. des practischen Pandektenrechts Bd. 3. §. 533. a. E. Warnkönig comment. jur. Rom. priv. T. III. §. 1001.

93) W. Müller über die Natur der Schenkung auf den Todesfall (Giessen 1827.). S. 86 fg. Hasse im Rhein. Mu-

denn doch wohl die gewöhnliche Interpretation genug für sich haben, um ihr vor der historisch allerdings sehr wohl begründeten in der Anwendung den Vorzug zu geben.

Uebrigens scheint hier der passendste Ort zu seyn, den oftmals schon berührten Unterschied zwischen dem capere posse oder jus capiendi i. e. S. und eigentlicher Testamentsfähigkeit noch etwas näher ins Auge zu fassen, wie an einer andern Stelle des Commentars [94]) geschehen ist. — Es kann Jemand die Erbfähigkeit haben und dennoch unfähig seyn, aus einer Erbschaft etwas zu erwerben. Hierauf bezogen sich vorzugsweise die Ausdrücke: capax [95]), capacitas [96]), capere posse oder non

seum Bd. III. S. 413. Arndts im Rhein. Mus. Bd. V. S. 212 fg.

94) Bd. 38. d. Comment. S. 360 — 363.

95) L. 29. D. *de liber. leg.* (XXXIV. 3.). Paulus *lib. VI. ad legem Juliam et Papiam.* „Si is, qui duos reos promittendi habet, damnaverit heredem, ut utrosque liberet, si alter ex his *capere non possit*, nec socii sint, delegari debebit is, qui nihil capit, ei, cui hoc commodum lege competit — — —. Quodsi socii sint, propter eum, *qui capax est*, et ille capit per consequentias" — —. Daß hier nicht von eigentlicher Erbunfähigkeit die Rede ist, sieht man bald, auch wenn man nicht durch die Inscription der Stelle darauf aufmerksam gemacht würde; denn der Mitschuldner, welcher hier als nicht capax bezeichnet wird, kann delegirt werden, und sogar mittelbar dadurch aus dem Testament erwerben, daß er mit dem Capax in einem Societätsverhältnisse steht. — S. auch L. 8. C. *commun. de succ.* (VI. 59.).

96) L. 55. §. 1. D. *de leg. II.* — Ulpiani Fragm. Rubr. Tit. XVI. „De solidi *capacitate* inter virum et uxorem."

posse [97]). Dieser Gegensatz wird in nicht wenigen Stellen anerkennt, oder auch wohl geradezu ausgesprochen. Von diesen mag hier nur folgende erwähnt werden. ULPIANI Fragm. Tit. XXII. §. 3. „Latinus Junianus, si quidem mortis testatoris tempore, vel intra diem cretionis civis Romanus sit, heres esse potest; *quodsi Latinus manserit, Lege Junia capere hereditatem prohibetur.* Idem juris est in persona coelibis, propter legem Juliam“ [98]).

Fragen wir nun vor Allem nach der Entstehung dieses Unterschieds, sodann nach dessen Bedeutung, sowohl überhaupt, als insonderheit für das Justinianische und das heutige Recht. — Seinen Grund hat derselbe in Bestimmungen des positiven Rechts, welche die Erwerbsfähigkeit eines an sich erbfähigen Subjects einschränkten.

Seinen Ursprung und Hauptsitz hat der Begriff des jus capiendi im Gegensatze der passiven Testamentsfähigkeit in der Lex Julia et Papia Poppaea aus dem Zeitalter des K. Augustus [99]); wenigstens ist dies mit

97) Dieser Ausdruck findet sich hier am häufigsten gebraucht. S. namentlich L. 10. D. *de his quae ut indign.* (XXXIV. 9.). GAJUS *Lib. XV. ad Leg. Jul. et Papiam.* ULPIANI Fragm. Tit. XVI — XVIII. Tit. XXII. §. 3. u. die übrigen bei BRISSONIUS h. v. §. 3. 4. u. bei FORCELLINI tot. Latin. Lexicon v. *capio* §. *Apud Ictos.*

98) Viel mehrere giebt es, bei welchen jener Unterschied vorausgesetzt wird; z. B. L. *ult.* D. *de leg. I.* L. 55. §. 1. D. *de leg. II.* L. 10. D. *de his, quae ut indign. aufer.* (XXXIV. 9.) u. a.

99) S. hierüber Hugo Gesch. des Röm. Rechts Bd. II. S. 753 — 765. (d. XI. Ausg.).

überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen [100]). Die einzelnen, mit Sicherheit zu ermittelnden, Fälle aber, welche theils in diesem Gesetze, theils in anderen Quellen ihren Grund haben, sind folgende:

1) Nach der Bestimmung der **Lex Julia et Papia Poppaea** kann ein Cölebs gar nichts, ein Orbus nur die Hälfte von dem erhalten, was ihm durch Testament, gleichviel ob als Erben oder Vermächtnißnehmer, zugewandt wurde [1]). Doch galten dafür folgende Einschränkun-

100) Man könnte hierauf allenfalls auch die viel früher erlassene **Lex Voconia de mulierum hereditatibus** beziehen. Indessen gieng diese schwerlich blos auf die Erwerbsfähigkeit. (S. die hierüber weiter unten folgende Ausführung). Auch sind bei weitem die meisten Stellen, in welcher die Ausdrücke **capere posse** oder **non posse**, **capacitas** u. s. w. vorkommen, aus Commentarien über diese **Lex** genommen, oder sie beziehen sich doch auf die Anwendung derselben.

1) Gaji inst. Lib. II. §. 111. 144. u. 286. („Coelibes, — qui *per legem Juliam* hereditates legataque capere prohibentur — — —; item orbi, qui per legem Papiam ob id, quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque *perdunt*.“ —). Orbus ist übrigens der nicht, welcher auch nur ein (versteht sich ehelich erzeugtes) Kind am Leben hat (L. 148. D. *de Verb. sign.* Gajus Lib. VIII. *ad Leg. Jul. et Pap.*). Nach einer gewöhnlichen Annahme, die auch Manches für sich hat, genügte ein Kind nur für Männer; Frauen, um erwerbsfähig zu seyn, mußten drei, oder wenn sie Freigelassene waren, vier Kinder haben. (S. hierüber *Ant.* Schulting in not. ad Ulp. Fragm. T. XIII. Not. 2. u. *J. G.* Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 21. §. 3.

p.

kungen: a) ganz ausgenommen von der Bestimmung des Gesetzes waren die **conjunctae personae**, d. h. Cognaten bis zum sechsten Grade incl., also bis zu den Sobrinen in der Seitenlinie, und die von diesen Erzeugten (**a sobrino nati**), ferner die Affinen in auf- und absteigender Linie, und in der Seitenlinie bis zu demselben Grade, wie die Cognaten, endlich alle diejenigen, welche in einer Familiengewalt (**potestas, manus, mancipium**) der ausgenommenen Personen standen; diese **exceptae personae**, wie sie auch genannt werden, hatten also **Solidi capacitas**, d. h. auch als coelibes und orbi konnten sie Alles erhalten, was ihnen durch Testament zugewandt war [2]). — b) Ehe-

p. 343.). Ob, übrigens hierauf der Ausdruck ***solitarius*** pater geht (s. die Titelrubrik der Ulpianischen Fragm. zu Tit. XIII.)? ist eine andere Frage. Nach der eigentlichen Bedeutung dieses Ausdrucks würde darunter ein verwaister Vater oder auch ein allein, d. h. ohne Ehegattin stehender Vater zu verstehen seyn (Cujacii paratitla in Cod. tit. de infirmandis poen. coelibat. et orbit. ed. Neapol. T. II. p. 579. Forcellini tot. Latin. Lex. v. Solitarius a. E.), was denn allerdings zu der Vermuthung Anlaß geben kann, daß noch ein Unterschied zwischen einem verheiratheten und einem verwittweten Vater Statt gefunden habe. (S. Hugo Rechtsgesch. S. 758. Z. 21 fgg.) Bei Ulpian findet sich hier eine Lücke.

2) Ganz unbestritten ist dies freilich immer noch nicht, obgleich die für die hier angenommene Meinung früher schon bekannten Argumente durch die Vaticanischen Fragmente noch eine sichere Stütze erhalten haben. — In mehreren Digesten-Stellen, welche aus den Commentarien Römischer Juristen über die **Lex Julia et Papia Poppaea** genommen sind, werden (freilich nicht in Beziehung auf den Inhalt dieser Lex) die oben genannten Personen als **exceptae personae** aufgeführt. (Vgl. L. 4. u. 5. D. *de*

gatten konnten (auſſer den Fällen, in welchen verſtorbene Kinder als lebende gerechnet wurden — ſ. die Note 1)

testib. XXII. 5. L. 6. D. *de gradib. et affinib.* XXXVIII. 10. Vgl. L. 146. D. *de V. S.*) Hiezu kam denn hauptſächlich noch eine Aeuſſerung des Sozomenus in der hist. eccl. Lib. I. c. 9., wonach die nächſten Verwandten von der geſetzlichen Beſtimmung ausgenommen waren. Darauf gründete man denn die obige Meinung, welche übrigens gewöhnlich nur ſo ausgeſprochen wurde, daß Cognaten bis zum ſechſten Grade von der Strafe des Geſetzes frei geweſen ſeien. S. Cujacius Paratitla in Lib. VIII. Cod. tit. 57. *de infirmandis poenis coelibatus et orbitatis*, ed. Neup. p. 577. *J. G.* Heineccius in comment. ad Leg. Jul. et P. P. Lib. II. c. 21. §. 3. p. 342. — In den Vaticaniſchen Fragmenten nun findet ſich in dem Titel *de excusatione* eine Reihe von Aeuſſerungen über das jus potioris nominandi (d. h. das übertragene munus durch Berufung auf einen Tüchtigeren ablehnen zu dürfen) und die Perſonen, denen es nicht zuſteht. So heißt es §. 158.: den „cognati vel affines utriusque necessitudinis (d. i. von väterlicher wie von mütterlicher Seite, ſ. v. Buchholtz in ſeiner Ausg. der Vatic. Fragm. in der Note zu dieſer Stelle), qui lege Julia et Papia excepti sunt" ſtehe es nicht zu. Weiter unten wird dies, nach Wiederholung des allgemeinen Satzes, noch genauer beſtimmt. Dieſe Stellen ſelbſt ſollen hier nach der neueſten Ausg. von Hollweg (auch in dem Corp. jur. Rom. antejustiniani ed. *F.* Böcking, *A.* Bethmann-Hollweg, *E.* Puggaeus Fasc. I. Bonn. 1835. 4. p. 229 sqq.) abgedruckt, die von den Editoren ergänzten Silben und Wörter aber durch Curſivdruck ausgezeichnet werden: (§. 214) „Sed nec cognati vel ad fines possunt nominare potiores, sed — — — hi soli, qui lege Julia *Papiave* excepti sunt." (§. 215.) „Proinde si quis cognatus alterutra lege exceptus — — — *Dio-*

einander vollständig beerben, wenn der überlebende Mann noch nicht 25, die überlebende Frau noch nicht 20 Jahre alt

doto praetori est rescriptum, potiorem nominare non poterit, — — nominare adfinis, qui alterutra lege exceptus — —.“ (Der Sinn dieſer corrumpirten Stelle iſt offenbar: wer auch nur nach der einen oder der anderen Lex zu den personae exceptae gehört, hat das jus potioris nominandi nicht) (§ 216). „Excipiuntur autem lege quidem Julia cognatorum *sex gradus et ex septimo* sobrino sobrinave natus; sed et nata per interpretationem (die Lex Julia hatte nämlich nur den natus genannt, ſ. v. Buchholtz zu dieſer Stelle); *item qui in* horum potestate sunt, quaeve in matrimonio, vel ii qui sunt *cognatarum nostrarum* hoc gradu nos contingentium mariti, vel eorum, qui sunt in potestate nostra, cognati, contingentes eos ea cognatio*ne*, *quae septimum gradum* non excedit.“ (§. 217.) „Item, nuptarum nobis *cognati usque ad sextum* gradum, vel nostri cognati ab uxoribus nostris —.“ (§. 218.) „Lege autem Papia ii adfines excipiuntur, *qui vir et uxor et gener et nurus*, et socer et socrus umquam fuerunt.“ (§. 219.) „Item vitricus, *noverca*, *privignus*, privigna, vel ipsorum, vel eorum, qui in eorum potestate fuerunt.“ — Es iſt bekannt, daß die Lex Jul. et Papia, ihrem hauptſächlichen Inhalte nach, die Nachtheile des Cölibats und der Orbität hinſichtlich des Rechts, durch Teſtamente etwas zugewendet zu erhalten, betraf; wenn hier alſo ohne nähere Beſtimmung von exceptae personae die Rede iſt, ſo kann dies bedeuten: dieſe Perſonen ſind den Nachtheilen der Lex nicht unterworfen, — in Anſehung ihrer gilt das alte Recht. Daß die Lex Julia (welche die Nachtheile des Cölibats beſtimmte) Perſonen als ausgenommene nannte, welche in der Lex Papia (worin von der poena orbitatis die Rede war) nicht erwähnt wurden, und umgekehrt, ergiebt

war, oder wenn jener bereits das Alter von 60, dieſe von 50 Jahren erreicht hatte, endlich wenn der Mann

ſich aus mehreren der oben angeführten Stellen; da aber jenes Geſetz in die ſpätere Lex Papia Poppaea wieder mit aufgenommen wurde, ſo bezog man durch Interpretation die in der einen Lex feſtgeſetzten Ausnahmen auch auf die andere (v. Buchholtz in der Note *lege julia et papia excepti* zu §. 158. und in der letzten Note zu §. 214. der Vat. Fragm.). Gerade da aber, wo die exceptae personae genannt werden, finden ſich manche Lücken in der Vaticaniſchen Handſchrift. Daß aber die von den neueren Herausgebern in den Text aufgenommenen Ergänzungen, (mit Ausnahme eines zu erwähnenden Puncts) dem Sinne nach richtig ſeien, ergiebt die Vergleichung mit den Pandektenſtellen, ſo wie mit anderen der Vaticaniſchen Fragmente. Geſtützt auf dieſe Argumente trägt man daher jetzt gewöhnlich kein Bedenken anzunehmen, daß ſowohl Affinen, wie Cognaten von der Lex ausgenommen ſeien. S. Klenze in ſeinem Aufſatze: die Cognaten und Affinen nach Röm. Rechte; in der Zeitſchr. für geſchichtl. Rechtswiſſenſchaft, Bd. VI. Heft 1. Abh. 1. S. 67—70. S. 101 fg. S. 106 fg. — Ein Zweifel ergiebt ſich indeſſen in Anſehung der Affinen daraus, daß Ehegatten nur aus ganz beſonderen Gründen zur Solidi capacitas berechtigt waren (Ulpiani Fragm. Tit. XVI. §. 1.). Möglich nun iſt es zwar, daß Affinen blos von der Beſtimmung der Lex Papia (der poena orbitatis) ausgenommen waren (dies iſt die Meinung von v. Buchholtz zu §. 158. Note *lege jul. et pap.*), aber auf Ehegatten leidet dies überall keine Anwendung, und ſelbſt der Umſtand, daß ſie Kinder haben, ertheilt ihnen nicht einmal immer die Solidi capacitas. Genug es galt für Ehegatten ein ganz eigenthümliches Recht, worauf weder die ſonſtige Regel noch die Ausnahmen paßten. Ein Kind gewährte zwar auch die Solidi capacitas, jedoch mußte es ein gemeinſchaftlich mit dem Erblaſſer erzeugtes ſeyn. Für jedes noch lebende

(wahrſcheinlich rei publicae causae) abweſend war,

Kind aus einer früheren Ehe konnte ein Ehegatten aus dem Teſtamente des anderen eine Decima zugewendet erhalten und auſſerdem noch eine Decima der Ehe wegen, ſo wie den dritten Theil des Nießbrauchs am Geſammtvermögen (Ulp. Fragm. Tit. XV.). Uebrigens galt ein gemeinſchaftlich erzeugtes Kind für lebend, wenn es erſt nach der Mündigkeit ſtarb, oder doch noch keine vollen anderthalb Jahre ſeit ſeinem Tode verfloſſen waren, und eben ſo trat die Solidi capacitas ein, wenn man zwei wenigſtens dreijährige Kinder, oder drei (und mehrere) nach dem neunten Tage verloren hatte (Ulp. Fragm. Tit. XVI. §. 1.); ein nach dem neunten Tage verlornes gemeinſchaftliches Kind gewährte ebenfalls das Recht auf eine Dezima (Ulp. l. c. Tit. XV.). Abgeſehen nun von dieſer Fiction des Fortlebens der Kinder und einigen anderen, weiter unten (im Text unter b) zu erwähnenden Beſtimmungen, waren die Ehegatten in Beziehung auf die geſetzlichen Erbeinſchränkungen ſchlechter daran, wie Fremde; das Recht der nahen Verwandtſchaft wurde zwar auch für ſie anerkannt, indem die bis zum ſechſten Grade einander verwandten Ehegatten ebenfalls solidi capaces ſind (Ulp. Tit. XVI. §. 1.); allein ihre Affinität ſteht eher ihrer Erwerbfähigkeit im Wege, als daß ſie ihnen in dieſer Hinſicht Vortheile gewährt. Dies beſondere Recht der Ehegatten kann ſchon ſeiner Natur nach auf die Affinen im engern Sinne nicht bezogen werden, was ſich aber auch damit nicht verträgt, daß geradezu Affines als ſolche Perſonen genannt werden, welche von den Nachtheilen des Geſetzes befreit ſind (— „cogniti vel affines —, qui lege Julia et Papia excepti sunt“ — Vat. Fragm. §. 158.). Wenn daher v. Buchholtz (zu §. 158. der Vat. Fragm.) bemerkt: „Affines ab eadem poena sub ea tantum conditione liberati fuisse videntur, si non orbi essent, alias enim non solidi, sed semissis tantum capacitatem habuisse videntur, *quia ne proximi*

während der Abwesenheit und noch ein ganzes Jahr nach

quidem affines, vir et uxor, semper solidum capere potuerunt," — so muß dieser Schluß von dem Rechte der Ehegatten auf das der übrigen Affinen theils wegen der an sich schon Statt findenden Unanwendbarkeit jenes Rechts auf Andere als Ehegatten, theils darum verworfen werden, weil ja alsdann die offenbar doch als exceptae personae genannten Affines nichts vor Fremden voraus gehabt hätten (S. Klenze a. a. O. S. 68—70.). Es erklären sich aber auch die besonderen Beschränkungen für Ehegatten sehr wohl daraus, daß man hier den Hauptzweck des Gesetzes — die Erzeugung von Kindern in rechtmäßiger Ehe — vielmehr noch berücksichtigte, als bei Anderen, wozu denn auch wohl noch die Voraussetzung kam, daß testamentarische Dispositionen eines Ehegatten zu Gunsten des anderen häufig erschlichen wurden. Wenigstens führt Constantin dies als einen Grund an, weshalb er die Bestimmung der Lex für Andere aufhebe, für Ehegatten aber noch bestehen lasse, in der L. un. §. 2. Th. Cod. *de infirm. poen. caelibatus et orbitatis* (VIII. 16.). „Verum hujus beneficii maritis et uxoribus inter se usurpatio non patebit, quorum fallaces plerumque blanditiae vix etiam opposita juris rigore cohibentur, sed maneat inter istas personas legum prisca auctoritas." Vgl. auch die L. ult. Th. C. *de legit. heredit.* (V. 1.) u. Schulting in not. 2. ad Ulpiani Fragm. Tit. XV. — Hieraus geht denn hervor, daß die Ergänzung des §. 218. der Vat. Fragm. durch *vir et uxor* nicht gebilligt werden kann. Denn daß diese Personen auch unter den exceptae personae der Lex Cincia genannt werden (§. 302. der Vat. Fragm.), beweist nichts, da überhaupt ja in Ansehung der ausgenommenen oder conjunctae personae (hinsichtlich der Lex Furia, der Lex Cincia, des prätorischen Erbrechts u. a.) einzelne Verschiedenheiten Statt fanden (S. Klenze a. a. O. S. 101 fgg.). —

seiner Zurückkunft [2] a). Das Recht der minderjährigen Ehegatten kam auch Brautleuten zu Statten, — worauf sich denn wieder manche Einschränkungen bezogen: die Braut durfte nicht unter 10 Jahren seyn, und die Vollziehung der Ehe nicht über zwei Jahre verschoben werden [3]). — c) Auch nach Auflösung einer Ehe fand eine

Uebrigens läugnet Baumeister (das Anwachsungsrecht unter Miterben, Tüb. 1829. S. 92.) überhaupt wieder das Daseyn von Exceptionen in Beziehung auf die Nachtheile des Cölibats und der Orbität, weil Sozomenus das Recht der Lex Jul. et Papia Poppaea auch in anderen Puncten unrichtig referire. Diese Ungenauigkeit ist auch schon von Heineccius l. l. p. 340. anerkannt. Allein Sozom. ist ja seit Entdeckung der Vaticanischen Fragmente, auf welche Baumeister überall keine Rücksicht nimmt, nicht mehr unsere Hauptquelle für das Recht der exceptae personae. Verwechselt werden darf mit dem Rechte der solidi capacitas auch nicht das jus antiquum in caducis; dies ist ein höheres Recht, und beschränkt sich auf Ascendenten und Descendenten bis zum dritten Grade. Rudorff über die caducorum vindicatio, in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. VI. S. 402 fg. u. das. Note 4. Vgl. auch oben S. 47 fgg.

2 a) Ulpiani Fragm. Tit. XVI. §. 1. Ueber den Fall der Abwesenheit des Mannes (wodurch aber für beide Ehegatten eine vacatio legis begründet wurde) s. Heineccius l. c. Lib. II. cap. XVIII. u. das. besonders p. 318 sqq.

3) Vgl. Suetonius in vita *Octavii* cap. 34. *Dio* Cassius hist. Rom. Lib. LIV. c. 16. L. 16. 17. D. *de sponsalib.* (XXIII. 1.). L. 4. D. *de ritu nuptiar.* (XXIII. 2.). — Heineccius l. c. Lib. II. c. V. §. 1. 2. — Man pflegt daraus auch noch eine allgemeinere Ausnahme zu machen, nämlich für alle Unmündige, was indessen nicht erweislich ist.

vacatio legis Statt, jedoch nur für die Frau, nämlich während der ersten zwei Jahre, wenn die Ehe durch Tod, während anderthalb Jahre, wenn sie durch Scheidung getrennt war [4]). — d) Wer auch nur binnen 100 Tagen nach dem Anfall der gesetzlichen Vorschrift genügt, ist eben so capax, wie wenn er es von jeher gewesen wäre [5]). Dies sind wenigstens diejenigen Einschränkungen der gesetzlichen Vorschrift, welche sich mit Bestimmtheit nachweisen lassen; ausserdem (wie aber nur ganz beiläufig bemerkt werden soll) wurden sehr häufig Befreiungen von dem Gesetz durch kaiserliche Rescripte in der Form ertheilt, daß dem Privilegirten das jus liberorum zugestanden werde [6]).

4) Ulpiani Fragm. Tit. XIV.

5) Ulpian spricht ausdrücklich nur von dem Cölebs (Ulpiani Fragm. Tit. XVII. §. 1. — „verbi gratia, si — — — intra dies centum — coelebs legi paruerit"), und wahrscheinlich war davon nur im Gesetze die Rede; (Ulp. Tit. XXII. §. 6., wo er das ähnliche Recht des Latinus Junianus erwähnt, fügt hinzu: „Idem juris est in persona coelibis, *propter legem Juliam*." Die Lex Julia bestimmte ja aber überhaupt nur die Nachtheile des Cölibats, nicht die der Kinderlosigkeit, und es läßt sich wohl behaupten, daß die vacationes der einen Lex auch auf die andere bezogen wurden, eben so, wie es mit den Bestimmungen über exceptae personae der Fall war. Auch Schulting nimmt dies an (in den Noten zu Ulpians Fragmenten, Tit. 17. §. 1. Note 6.); allein er sucht es dadurch zu begründen, „non pertinuisse Catonianam regulam ad hasce aliasque novas leges," was doch immer keine ganz klare Ansicht der eigentlich hier in Betracht kommenden Rechtsprinzipien voraussetzt.

6) Ulpiani Fragm. Tit. XVI. §. 1. — — — „si jus

2) Die Lex Junia Norbana (wahrscheinlich unter Tiber, J. 772. nach Roms Erbauung) bestimmte, daß, wenn die von einem Römischen Bürger vorgenommene Manumission nach den bisher darüber herrschenden Rechtsansichten zwar für keine vollkommen giltige und wirksame angesehen werden könne, jedoch nicht ganz wirkungslos sei, der Freigelassene das Recht der Latinität haben solle [7]), also auch das Commercium [8]), nur mit der Modification,

liberorum a principe impetraverint.“ S. hiezu besonders Cujacius u. Schulting in notis. ad Ulpian. Not. 12 — 14; in der iurisprud. ante-justin. p. 612. — Darum sagen denn auch die Kaiser Honorius u. Theodos II. in dem Gesetze, worin sie die Lex Jul. et Pap. Poppaea vollständig aufheben: „Nemo posthac a nobis jus liberorum petat, quod simul hac lege omnibus concedimus.“ L. 1. C. *de jure liberor.* (VIII. 59.).

7) Dosithei magistri Desp. de manumissionib. §. 6. der Ausgaben von Fr. Ad. Schilling u. Böcking. „— Fiunt Latini Juniani, quoniam lex Junia, quae libertatem eis dedit, exaequavit eos Latinis colonariis, qui, cum essent cives Romani, nomen suum in coloniam dederant.“ Gaji inst. I. 22. u. III. 56.; wo er ausführlich den Entstehungsgrund dieser Latinität auseinandersetzt: die jetzt Latini Juniani genannten Freigelassenen (sagt er) waren ehedessen servi, nur schützte der Prätor ihren factischen Freiheitszustand; durch die Lex Junia Norbona nun sind sie frei geworden, jedoch nicht cives, sondern nur das Recht der Latinität, welches den in die Colonieen übergesiedelten cives zustand, haben sie erhalten, und zwar auch dies nicht einmal vollständig, weshalb sie Latini Juniani heißen. Vgl. Ulpiani Fragm. Tit. de libert. §. 5. (1.) u. 10.

8) Ulpiani Fragm. Tit. XIX. §. 4. „Mancipatio locum

daß ihnen die active Testamentifactio nicht zustehe, sondern nur die passive, jedoch wiederum unter gewissen Beschränkungen [9]), wohin denn hauptsächlich gehört, daß das jus capiendi von der Erwerbung der Civität spätestens innerhalb hundert Tagen nach dem Anfall der Erbschaft, abhängig seyn soll: ULPIANI Fragm. Tit. XX. §. 14. „Latinus Junianus — — — testamentum facere non potest, — — quoniam nominatim lege Junia prohibitus est.“ — Und ebendaselbst Tit. XXII. §. 3. heißt es: „Latinus Junianus, siquidem mortis testatoris tempore vel intra diem cretionis [10]) civis Romanus sit, heres esse potest [11]); quodsi Latinus manserit; lege Junia capere hereditatem prohibetur.“ Dieser Gegensatz zwischen der s. g. passiven testamentifactio und der Capazität wird an einer anderen Stelle dieser Fragmente (Tit. XVII. §. 1.) so ausgedrückt:

habet, inter cives Romanos et Latinos Colonarios, *Latinosque Junianos*, eosque peregrinos, *quibus commercium datum est.*“

9) S. namentlich ULPIANI Fragm. Tit. XI. §. 16. — „Latinus *habet* quidem *testamenti factionem*, *sed* tamen *tutor dari non potest*, id enim Lex Junia prohibet.“

10) D. h. innerhalb hundert Tagen. S. hierüber die zunächst angeführte Stelle (Tit. XVII. §. 1. der Fragmente Ulpians) und SCHULTING ad ULP. Tit. XVII. §. 1. Note 5.

11) Er ist also testamentsfähig, und darum darf er auch bei der Testamentshandlung als Zeuge zugezogen werden. „Lat. Jun. et familiae emtor et testis et libripens fieri potest, *quoniam cum ea testamenti factio est.*“ ULP. Fr. Tit. XX. §. 8.

„Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur — —, verbi gratia, si — Latino Juniano legatum fuerit, nec intra dies centum — — Latinus jus Quiritium consecutus sit“ [12]). Also eigentlich (jure civili) würde der Latinus das ihm durch die letztwillige Verfügung Zugewendete auch erhalten können, denn er hat ja das Commerzium, mithin an sich auch Erbfähigkeit, indessen die Lex Junia beschränkt seine Erwerbfähigkeit [13]).

3) Auch die Indignitätsfälle gehören hieher; d. h. aus gewissen Gründen wird einem erb- und testamentsfähigen Subjecte entzogen, was er sonst (in Folge gesetzlicher oder testamentarischer) Bestimmung erhalten könnte. Es sind dies meistens solche Gründe, welche die moralische Gesinnung des Erben oder Honorirten in einem nachtheiligen Lichte erscheinen lassen; doch auch andere Gründe, worauf sich dies nicht anwenden läßt, waren durch Gesetz oder die Praxis als Indignitätsfälle bezeichnet [14]). Genug es wird hier, wie in den obigen Fällen,

12) Das Hauptresultat der Beschränkung eines Latinus in Beziehung auf Testaments- und Erwerbsfähigkeit faßt Gajus (Inst. I, §. 23.) in folgenden Worten zusammen: „Non tamen illis permittit lex Junia, nec ipsis testamentum facere, *nec ex testamento alieno capere, nec tutores testamento dari.*“ In der ersten Hinsicht ist nur ihre Erwerbsfähigkeit, in der letzten dagegen auch ihre passive testamenti factio eingeschränkt.

13) Vgl. Carl Ad. v. Vangerow über die Latini Juniani (Marb. 1833.). §. 23. S. 110—113.

14) S. z. B. L. 3. D. *de his, quae in test. del.* (XXVIII. 4.). (Vgl. oben S. 93 fgg.). L. 2. §. 1. L. 9. pr.

ein an sich erbfähiges Individuum von der Succession ausgeschlossen, und auch von einem solchen wird der Ausdruck gebraucht: capere non potest, so wie, wenn etwas als Indignitätsgrund nicht anerkannt wird: capere potest [15]).

Bleiben wir an diesem Orte bei den obigen Fällen stehen. Hier findet sich nämlich ganz entschieden der Gegensatz zwischen Testamentsfähigkeit und Erwerbsfähigkeit, und die letztere wird durch einen technischen und offenbar der Lex selbst angehörigen Ausdruck — capacitas oder capere posse — bezeichnet. Dies führt nun schon von selbst darauf, beide Begriffe auch in Ansehung der Frage: zu welcher Zeit muß die Fähigkeit vorhanden seyn? durchaus bestimmt von einander zu unterscheiden. Wenn es genügt, daß die Erbfähigkeit oder passive Testamentifactio bei der Errichtung des Testaments und dann wieder beim Anfall der Erbschaft vorhanden sei, eine Unfähigkeit in der Zwischenzeit aber nicht schadet, so kann da, wo Erbfähigkeit vorhanden ist und nur die Erwerbfähigkeit zur Frage steht, von der letzteren auch erst beim Anfall des Rechts — also zu der Zeit, wo der Erwerb möglich ist, — und nicht schon bei Errichtung des Testaments

D. *de his, quae ut indign. aufer.* (XXXIV. 9.) u. a..

15) S. L. 128. D. *de leg. I.* L. 2. §. 2. D. *de his, quae ut indign. aufer.* — Vergl. Bd. 38. des Comment. S. 361 fg. Note 71, wo sich auch Gründe dafür angeführt finden, daß die Lex Jul. et P. P. auch als die eigentliche Quelle der Indignität zu betrachten ist. Direct wird dies erwiesen durch Ulpiani Fragm. Tit. XIX. §. 17. (— „ereptorium ex Lege Papia Poppaea"). Vgl. Hugo Rechtsgesch. S. 762. Note 2. (d. eilften Aufl.).

die Rede seyn. Es folgt dies sogar mit logischer Nothwendigkeit und hätte billig nie Gegenstand eines Zweifels seyn sollen. Hierauf gieng denn auch offenbar die Aeusserung von Terentius Clemens in dem dritten Buche seines Commentars zur **Lex Julia et Papia**: „**Non oportet prius de conditione cujusquam quaeri, quam hereditas legatumve ad eum pertineat**“ [16]). Ja es wird dies bei allen Anwendungen dieses jus capiendi als etwas sich von selbst verstehendes vorausgesetzt und man wird keine einzige Stelle nachweisen können, worin angenommen würde, daß die gesetzlichen Einschränkungen in Ansehung der Erwerbfähigkeit auch bereits bei der Testamentserrichtung zu berücksichtigen seien, — wenigstens keine, welche davon das Erwerbsrecht des Honorirten abhängig macht; und darauf allein kommt es hier an [17]). Nur das läßt sich als etwas

16) L. 52. D. *de leg. II.* — Daß der Röm. Jurist hier von dem Rechte der Latina sprach, hat Heineccius in seinem Commentar ad Leg. Jul. et P. P. Lib. I. Cap. V. p. 86. Note d. Lib. II. c. IX. §. 1. 2. (p. 216. 221.) mit Recht angenommen; dies hindert aber die allgemeine Bedeutung seiner Regel keineswegs.

17) In der L. 10. §. 1. D. *de his, quae ut indignis* (ebenfalls aus einem Commentar über die Lex Jul. et P. P.) sagt Gajus: wenn Jemand es übernommen habe, Einem qui capere possit, die Erbschaft zu restituiren, sich aber beim Anfall der Erbschaft finde, daß der Fideicommissar incapax sei, so bleibe die Erbschaft bei dem Erben, sei der Fideicommissar aber damals schon incapax gewesen, oder auf den Fall der Incapazität die Restitution versprochen, so liege darin eine Handlung in fraudem legis, wonach denn die Erbschaft an das Aerarium kam. Daß diese Stelle der im Texte vorgetragenen Aeusserung

Singulares ansehen, daß für Cölibes und Latini Juniani es genügte, wenn sie noch vor Ablauf des hundertsten Tages nach dem Anfall dem Gesetze genügten, und allerdings konnte die Frage aufgeworfen werden: ob es denn auch zur Solidi capacitas genügte, wenn einem beim Anfall Kinderlosen innerhalb der folgenden hundert Tage ein Kind geboren wurde? (S. oben die Note 5.). Wie aber auch diese Frage beantwortet werden mag: das kann überall kein Gegenstand eines Zweifels seyn, daß ein Orbus giltig auf das Ganze eingesetzt werden konnte, und nur beim Anfall die Frage entstand, ob er denn jetzt auch vollständig erwerben könne? was freilich nicht der Fall war, wenn er auch alsdann noch keine Kinder hatte. — Es beruht hierauf zum Theil mit der wichtige Unterschied zwischen dem, was als non scriptum den Intestaterben zufiel oder dem Onerirten blieb, und dem, was (in der Regel wenigstens) als caducum dem Aerarium anfiel; jenes ist das an und für selbst schon ungiltig Angeordnete, oder was durch Wegfallen eigentlicher Erbfähigkeit ungiltig wird; dieses setzt eine an sich giltige, auch vor des Erblassers Tode nicht vernichtete Disposition voraus, deren Wirksamkeit indessen durch sonst irgend etwas gehindert wird [18]).

So wichtig nun hiernach auch der Unterschied zwischen der s. g. passiven Testamentifactio und der Capa-

nicht entgegensteht, bedarf keiner Bemerkung, es liegt vielmehr auch hierin eine indirecte Anerkennung der Regel, daß für das capere posse oder non posse nur die Zeit des Anfalls in Betracht kam.

18) Vgl. L. 2. 3. 4. 5. D. *de his quae pro non scriptis habentur* (XXXIV. 8.) u. Ulpiani Fragm. Tit. XVII. §. 1.

zität, besonders für das Röm. Recht und dessen Interpretation, erscheint, so haben ihn doch die Neueren von jeher wenig beachtet. Selbst den von Terentius Clemens (in der L. 52. D. *de leg. II.*) aufgestellten Grundsatz war die Glosse weit entfernt, auf eine von der passiven Testamentsfähigkeit noch verschiedene conditio zu beziehen, sondern man dachte hier blos an eine etwanige Unfähigkeit in der Zwischenzeit von der Testamentserrichtung bis zum Tode des Testirers; diese solle nicht berücksichtigt und insofern also erst beim Anfall nach der Fähigkeit gefragt werden [19]). In der Folge wurde man zwar darauf aufmerksam, daß der Jurist damit doch wohl etwas Anderes habe sagen wollen; allein man bildete jetzt daraus eine prozessualische Regel, welche etwas Wahres ausdrückt, allein in einem noch geringerem Zusammenhange mit dem ursprünglichen Sinne der Stelle steht, wie die Erklärung der Glosse: es solle über persönliche Fähigkeit kein besonderer Rechtsstreit eingeleitet, sondern in Verbindung mit der Hauptsache darüber verhandelt werden; oder wie Bartolus (z. B. in der Summe zur Glosse ad h. l.) dies ausdrückt: non debet de habilitate personae disputari separatim ab alia lite. — Als in der Folge die geschichtliche Behandlungsweise des Röm. Rechts aufkam, mußte man schon auf die Verschiedenheit zwischen Capazität und passiver Testamentsfähigkeit aufmerksam werden. Ja man kann sagen, daß kein einziger gründlicher Jurist, von Cujacius bis auf Heineccius denselben ganz übersehen habe; selbst gerügt wurde es bisweilen, daß man den wichtigen Unterschied so wenig vor Augen habe und nicht nur die oben

19) *Gl. Acc.* pertinent ad L. 52. D. *de leg. II.*

zur Sprache gekommene L. 62. pr. D. *h. t.*, so wie die L. 52. D. *de leg.* II., sondern auch andere Stellen, welche viel eher noch mißverstanden werden konnten (wie z. B. L. 22. D. *de mortis causa don.* XXXVIII. 6. u. L. 87. D. *de leg.* III.) wurden aus diesem Gesichtspuncte erklärt [20]). Dennoch aber wurde eine richtige Ansicht von der eigentlichen Bedeutung dieses Unterschiedes wenigstens nie vorherrschend. Man war meistens viel zu sehr befangen in der Voraussetzung, jede Beschränkung der Erwerbsfähigkeit aus einem Testamente sei auch eine Beschränkung der passiven Testamentifactio, und behandelte daher das Recht der Coelibes, der Orbi und der Latini Juniani auch in dieser Beziehung als etwas rein Singuläres, — als bloße Ausnahmen von der Regel, daß die Erbfähigkeit auch zur Zeit der Testamentserrichtung schon vorhanden seyn müsse. So selbst Cujacius, Schulting (s. die Note 5.), Heineccius u. A. [21]). Die vorzugsweise s. g. Practiker erwähnen diesen Unterschied überall nicht, in den Lehr- und Handbüchern über Röm. Recht aber wird gewöhnlich ein allgemeiner Begriff über passive Testamentifaction aufgestellt, mit

20) S. namentlich *Thom.* Papillonius de subst. pupillari Cap. IV., bei Otto thes. jur. Rom. T. IV. p. 723. *Franc.* Ramos *del* Manzano comment. ad ad L. Jul. et Pap. Reliquat. XXXIII. §. 4. sqq.; bei Meerman thes. jur. civ. et can. p. 498 sq. *R. J.* Pothier Pand. Justin. *de leg. et fideic.* Nr. CCCLXXXIII. (T. II. p. 350.).

21) S. z. B. *Barth.* Chesius interpr. jur. Lib. I. cap. I. (in der Jurisprud. Rom. et Att. T. II. p. 5 sqq.), wo er namentlich die L. 62. pr. D. *h. t.* aus diesem Gesichtspunkte interpretirt. S. oben S. 145 fgg.

mit der Bemerkung, daß sie bei Errichtung des Testaments und beim Anfall und Erwerb vorhanden seyn müsse, dann die Eintheilung in absolute und relative Unfähigkeitsgründe vorgetragen und hinterher sind die einzelnen Beschränkungen angegeben, ohne daß die Verfasser es auch nur gewahr werden, daß auf manche derselben die allgemeinen Begriffe schlechterdings nicht anwendbar sind. Am auffallendsten erscheint diese Inconsequenz in den auf den Vortrag der Rechtsgeschichte gerichteten Büchern, z. B. in dem Schweppeschen, wo die Cölibes und Orbi als Erbunfähige aus politischen Gründen aufgeführt werden [22]). Nur die Beschränkungen der Erwerbfähigkeit durch Indignität zählte man nicht zu den Unfähigkeitsgründen, folglich behandelte man sie auch nicht als Ausnahmen von der Catonianischen Regel (in der gewöhnlich für diese angenommenen Bedeutung). Hier lag denn freilich eine Verwechslung der Begriffe nicht so nah', oder vielmehr, es war in Beziehung auf die meisten Indignitätsgründe die Annahme überall nicht möglich, daß sie schon zur Zeit der Testamentserrichtung zu berücksichtigen seien, weshalb man denn auch wohl die Verwandtschaft, welche zwischen diesen Einschränkungen der Erbfähigkeit, und den für die Cölibes, Orbi u. s. w. geltenden sich findet, ganz verkannt hat [23]).

22) Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthümer, 3. Aufl. von Gründler (Gött. 1832.) §. 444.

23) So Hasse im Rhein. Mus. Bd. III. S. 413., welcher, wahrscheinlich erst durch die von ihm genannten neueren Schriften auf den Unterschied zwischen passiver Testamentifactio und capere posse aufmerksam gemacht, der Meinung ist, daß das capere non posse bei der Indignität doch wohl einen andern Sinn hätte, als bei der Incapaci-

Unter den Neueren machte zuerst Dr. Wilh. Müller auf den so gut wie in Vergessenheit gerathenen Unterschied zwischen der passiven testamentifactio und dem capere posse wieder aufmerksam [24]), und ihm stimmten fast Alle bei, welche sich später hierüber geäussert haben. So Zimmern, in seiner Recension der Müllerschen Schrift [25]), ferner von Schröter [26]), (welcher

tät der Lex Papia. — Nun sind allerdings die Gründe ganz verschieden und auch die Wirkungen nicht durchaus dieselben. Indessen wurde schon bei einer anderen Gelegenheit (Bd. 38. d. Comment. S. 362. Note 71.) bemerkt, daß sich zwischen beiden Begriffen eine sehr wesentliche Uebereinstimmung findet, — es wird die Erwerbfähigkeit bei sonst vorhandener testamentifactio beschränkt, — regelmäßig tritt das Aerarium (der Fiscus) an die Stelle des Wegfallenden, und beiden liegt sogar dieselbe gesetzliche Quelle zu Grunde. Jene Bemerkung von Hasse ist also lediglich dadurch veranlaßt, daß man sich daran gewöhnt hatte, die Einschränkungen für Cölibes u. s. w. bei der Testamentsfähigkeit zu erwähnen, die Indignitätsfälle aber hierauf nie bezog. In einem neueren System des Erbrechts sind die früheren Inconsequenzen dadurch vermieden, daß zuvörderst unterschieden wird zwischen der Institutionsfähigkeit (testamentifactio passiva) und der Unfähigkeit zu erwerben, unter der letzteren Rubrik aber zuerst der Einfluß der Lex Jul. et P. P. (nämlich: Beziehung auf Cölibat und Orbität) und sodann die Indignität des Erben dargestellt wird. Joh. Friedrich Hunger das Röm. Erbrecht (Erlangen 1834.) §. 74—76.

24) Ueber die Natur der Schenkung auf den Todesfall (Giessen 1827.) S. 82—92.

25) In der Tüb. krit. Zeitschr. für Rechtswissenschaft Bd. III. S. 240.

26) Ueber die mortis causa donatio, in der Zeitschr. für Ci

indeſſen gerade die erheblichſte Verſchiedenheit zwiſchen beiden Begriffen, daß nämlich Capazität bei letzten Willen nur im Augenblicke des Todes, oder bei der Delation des Succeſſionsrechts vorhanden ſeyn müſſe, nicht zugeben will), Arndts [27]) und v. Wangerow [28]). Doch iſt dieſer Unterſchied nicht, wie Manche zu glauben ſcheinen, als etwas bei den Neueren durchaus Unerhörtes zu betrachten; auch iſt man (wie es in ſolchen Fällen zu geſchehen pflegt) auf dem Wege zu übertreiben, d. h. Anwendungen davon zu machen, welche zum Theil nicht einmal mit dem urſprünglichen Sinn unſerer Quellen übereinſtimmen, noch weniger aber zu den Grundſätzen des neueſten Rechts paſſen. So iſt es

1) gewiß nicht zu billigen, wenn man den Ausdruck jus capiendi, capere posse oder non posse und ähnliche immer nur im Sinne der Lex Jul. et P. P. oder Junia Norbana verſtehen und anwenden will. Wo von Indignität und dem Rechte des Fiscus die Rede iſt, darf man dies ganz unbedenklich, auch für das neueſte Recht; nur die zahlreichen Stellen, welche ſich urſprünglich auf die poenae coelibatus, orbitatis und auf das beſondere Recht des Latinus bezogen, bedürfen einer vorſichtigen Behandlung. Es iſt nicht ſchwer, jene Beziehung gewahr zu werden und aus dieſem Geſichtspuncte die einzelnen Stellen zu erklären; auch führt ſelbſt eine blos hiſtoriſche Interpretation immer zu einer gewiſſen Befriedigung des Verſtandes, indem jedenfalls dadurch

vilr. u. Prozeß, herausgeg. von Linde, Marezoll und v. Wening-Ingenheim Bd. II. S. 120 fgg. (Nr. 4.).

27) Ueber die Catonianiſche Regel, in dem Rhein. Muſ. Bd. V. S. 212 fgg.

28) Ueber die Latini Juniani §. 23. S. 112 fgg. (Nr. 2.).

Plan, Klarheit und Zusammenhang in Lehren gebracht werden, welche sonst nur Willkührliches, Widersprechendes und Abgerissenes zu bieten scheinen. Allein schon K. Constantin hob die **poenae Coelibatus et orbitatis** im Allgemeinen auf [29]), Theodos II. auch in Beziehung auf Ehegatten [30]), Justinian aber das Recht der Latinität [31]). Die Aufhebungsgesetze bestanden also zum Theil schon Jahrhunderte vor Entstehung der Compilation, und zwar als practisches Recht. Wir dürfen mithin nicht leicht annehmen, daß diese Stellen unbedachterweise aufgenommen seien und für das practische Recht gar keine weitere Bedeutung haben könnten, vielmehr müssen wir davon ausgehen, daß sie practischer Zwecke halber aufgenommen seien, wie ja auch in so vielen anderen Fällen einzelne Rechtssätze ihre ursprüngliche Bedeutung verloren haben und dennoch anwendbar bleiben [32]). Wenn dem, der wegen Mangels des vollständigen **jus capiendi** nicht Alles aus einem Testamente erhalten kann, unter gewissen Bedingungen die **Solidi capacitas** zugestanden

29) L. un. Th. C. *de infirm. poenis Coelib. et orbit.* (VIII. 16.). (Mit Weglassung des Schlusses, wodurch für Ehegatten noch das bisherige Recht erhalten wurde, in den Justinianischen Codex als L. 1. *de infirm. poen. coelib.* (VIII. 58.) aufgenommen).

30) L. 2. Th. C. *de jure liberor.* (VIII. 17.) oder L. 2. Iust. C. *de infirm. poen. coelib.*

31) L. un. C. de latina libert. tollenda (VII. 6.).

32) L. 26. 27. D. *de legib.* („Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur“ — —). Vgl. v. Savigny über die Lex Cincia in der Zeitschr. für geschichtl. R. W. Bd. IV. S. 42 fgg. Mein Lehrb. des Pand. R. §. 67.

wird, so darf man dies ohne alles Bedenken auf die quantitativen Successionsbeschränkungen des neuesten Rechts anwenden, ungeachtet die Urheber der Stelle dabei nur den Mangel der Solidi capacitas nach der Lex Jul. et P. P. vor Augen hatten [33]); und eine gleiche Beziehung leidet die von Terentius Clemens im dritten Buche des Commentars ad Leg. Jul. et P. P. vorgetragene Regel: „non oportet prius de conditione cujusquam quaeri, quam hereditas legatumve ad eum pertineat“ [34]). Vergessen darf man aber auch nicht, daß bisweilen der Ausdruck *capere posse* geradezu für passive Testamentifactio genommen wird. So heißt es in dem §. 4. I. *de hered. qual. et diff.* „Testamenti autem factionem non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest, sed etiam, *qui ex alieno testamento — — capere potest*“ [35]). Dies beweist, daß man auf den Ausdruck allein nicht zu viel Gewicht legen dürfe, am wenigsten in den neueren Rechtsquellen. Läßt sich ermitteln, daß im Sinne des Urhebers einer Stelle der Ausdruck nur auf die Capazität der Lex Jul. u. a. gehe, so muß man allerdings davon ausgehen, daß auch jetzt die Aeusserung auf bloße Erwerbfähigkeit im Gegensatze der Testamentsfähigkeit zu beschränken sei; indessen wird jener Sprachgebrauch der neueren Rechtsquel-

33) S. insonderheit die L. 72. D. *h. t.* u. L. 42. D. *de leg. II.*

34) L. 52. D. *de leg. II.*

35) Das Vorhergehende ist, eben so wie die L. 49. §. 1. D. *h. t.* aus den Institutionen des Florentinus genommen, vermuthlich aber auch diese Aeusserung; doch mag dies auf sich beruhen bleiben. Geradezu gebraucht aber auch schon Gajus (Inst. II. §. 110.) den Ausdruck.

len doch auch benutzt werden dürfen, um eine Auslegung zu unterstützen, wodurch ein practisch bedeutenderes Resultat zu Tage gefördert wird, zumal wenn auf diesem Wege die blos positivrechtlichen Beschränkungen der Successionsfähigkeit beseitigt werden können, ohne geradezu wider feststehende Grundsätze des geltenden Rechts zu verstoßen [36]).

Es mag noch an einem Beispiele gezeigt werden, wie nothwendig es bisweilen zur Gewinnung sicherer und für die Anwendung brauchbarer Rechtsgrundsätze ist, die Ausdrücke capere posse u. s. w. nicht blos in ihrem ursprünglichen Sinne zu verstehen, sondern dafür geradezu passive Testamentifactio zu substituiren. — Bekanntlich streitet man darüber, ob es genüge, daß der mortis causa donatarius beim Tode des Schenkers erbfähig sei? Diejenigen, welche die Frage bejahen [37]), stützen sich hauptsächlich auf eine Stelle aus dem ersten Buche der Quästionen von Africanus, wo gesagt wird: „In mortis causa donationibus non tempus donationis sed mortis intuendum est, an quis capere possit“ [38]). Allein es heißt auch: „ad exemplum legato-

36) Beispielsweise beziehe ich mich auf die oben gegebene Erklärung von L. 62. pr. D. *h. t.*

37) Es geschieht dies gewöhnlich; unter den Neueren jedoch nur noch von Denen, welche zwischen der passiven Testamentifactio und der Capazität überall nicht unterscheiden. Denn, wenn Thibaut (Pand. Recht Bd. II. §. 567. Nr. D. Note y. d. 8. A.), welcher ebenfalls diese Ansicht hat, sich auf v. Schröter in der angef. Abhandl. (Zeitschr. f. Civilr. u. Prozeß Bd. II. S. 120—122.) als Beistimmenden beruft, so ist dabei übersehen, daß Schröter nur von der Capazität spricht; vgl. ebendas. S. 119. a. E.

38) L. 22 D. *de mort. c. don.* (XXXIX. 6.).

rum mortis causa donationes revocatae sunt“ [39]), und in anderen Stellen iſt es ebenfalls anerkannt, daß nur der, welcher fähig iſt ein Legat zu erhalten, durch eine mortis causa donatio erwerben könne [40]). Eine Vereinigung auf die Weiſe zu bewirken, daß man annimmt, auch bei Legaten ſei nur die Fähigkeit beim Tode des Erblaſſers erforderlich [41]), iſt doch gar zu willkührlich und (wie man auch über die practiſche Bedeutung der Catonianiſchen Regel denken möge) offenbar gegen alle zur Zeit der claſſiſchen Juriſten anerkannten Rechtsgrundſätze [42]). Allerdings iſt nun hier die Bemerkung wichtig, daß Africanus nur die Capazität im Sinne der Lex Papia und Junia Norbana, vor Augen hatte, aus ſeiner Aeuſſerung alſo keineswegs folge, daß der Donatarius nicht auch ſchon im Moment der Schenkung ſelbſt fähig ſeyn dürfe [43]). Es iſt mit einem Worte

39) L. 15. in f. D. *de mort. c. don.*

40) L. 9. D. *de mort. c. don.* L. 35. pr. *eod.* (Paulus *Lib. VI. ad Leg. Jul. et Pap.*). L. 37. pr. *eod.* (Ulp. *Lib. XV. ad Leg. Jul. et Pap.* „Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas legatis comparatas; quodcunque igitur in legatis juris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum“).

41) S. die Accurſiſche Gloſſe *sed mortis*, verb.: *sed non placet* u. ſ. w. (Andere hier noch angedeutete Vereinigungsverſuche übergehe ich mit Stillſchweigen, da ſie gleich willkührlich ſind und uns hier dieſe Lehre nicht eigentlich beſchäftigt).

42) L. 59. in f. D. *h. t.* L. 1. pr. D. *de reg. Cat.* (XXXIV. 7.).

43) S. Müller über die Natur der Schenkung auf den To-

klar, daß angenommen wurde, die Bestimmungen über Incapazität eines Legatars sollten auch für den mortis causa donatarius gelten, mithin der Sinn jener Aeusserung nicht seyn könne: es komme das Daseyn der testamentifactio, — also die Zeit der vollzogenen mortis causa donatio, nicht in Betracht. Auch ist der Grund solcher Aeusserungen und der wahrscheinlich auch hierüber Statt gefundenen Controversen der Römischen Juristen unschwer zu erkennen. — Schenkungen Todes halber als letztwillige Verfügungen anzusehen, war man früher weit entfernt, zumal da früher die Realisirung wohl allemal schon beim Leben des Schenkers erfolgte [44]). Es kam hierbei mithin nur der Zeitpunct der vollzogenen Schenkung in Betracht. Allein in der Widerruflichkeit solcher Schenkung und in der möglichen Hinausschiebung der Vollziehung bis zum Tode des Schenkers, (wodurch dergleichen Schenkungen im Wesentlichen ohnehin den Legaten sehr nahe kamen [45]), lag ein leicht anzuwendendes Mittel, die Gesetze über Capacität eines Erben oder Vermächtnißnehmers zu umgehen. So wurden denn diese Bestimmungen auch auf die mortis causa donationes bezogen [46]), und so war denn auch die Erklärung des

desfall §. 31. S. 82 fgg. Hasse im Rhein. Mus. Bd. III. S. 413. v. Bangerow üb. die Latini Juniani S. 118 fgg.

44) Vergleiche Hasse im Rhein. Mus. Bd. II. S. 317 fg. Nr. 6. u. 7.

45) Anderer Meinung ist freilich v. Schröter in der angeführten Abhandlung (Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. II. S. 107 fgg. S. indessen Hasse Rhein. Mus. Bd. III. S. 405 fgg.

46) Es geschah dies nicht blos durch die Praxis, sondern es ergieng selbst hierüber ein Senatusconsult. L. 35. pr. D.

Africanus durchaus consequent, daß für die Frage, ob der Donatarius capax sei oder nicht, nur die Zeit des Anfalls, nicht die der gemachten Schenkung in Betracht komme. Aber haben denn die Compilatoren diese und so viele andere Stellen über die Capazität des **mortis causa donatarius** etwa nur der Rechtsgeschichte halber aufgenommen? Dürfen wir uns damit begnügen, den ursprünglichen Zusammenhang solcher Quellenäusserungen erkannt zu haben, im Uebrigen aber dieselben der Rechtsgeschichte überweisen, oder müssen wir nicht vielmehr bemüht seyn, einen (dem Wortverstande ebenfalls angemessenen) Sinn aufzufinden, wornach jene Stellen auch für das neueste Recht bedeutend erscheinen und ihre Aufnahme sich erklärt? Dies ist schwerlich zu bezweifeln, und es soll jetzt ein Versuch gemacht werden, aus diesem Gesichtspuncte die obigen Stellen zu erklären. — Die Röm. Juristen beschränkten aus leicht begreiflichen Gründen ihre Erörterungen hierüber auf die Capazität. Denn daß der Beschenkte zur Zeit der vollzogenen Schenkung das **commercium** haben müsse, verstand sich von selbst: wenn

de mort. c. don. (Paulus *lib. VI. ad leg. Jul. et Pap.*) „Senatus censuit, placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret.“ — Vgl. hierüber *Fr.* Ramos *del* Manzano ad Leg. Jul. et Pap. Lib. IV. reliq. XXXIII. §. 7. (in dem Meerman'schen thes. jur. civil. et can. T. V. p. 498 B. sq.). — Gründe dafür, daß dies Senatusconsult das Pegasianum über die Universalfideicommisse gewesen seyn könne, finden sich bei v. Schröter a. a. O. S. 125—127. Vergl. auch Hasse im Rhein. Mus. Bd. III. S. 401.

alsdann noch ausgemacht war, er müsse auch capax seyn, wie ein Legatar, so stand Alles das hinreichend fest, worauf es für das practische Recht der damaligen Zeit ankam, zumal da es sich von selbst verstand, daß Der auch nicht capax seyn konnte, Dem zur Zeit des Anfalls die Successionsfähigkeit fehlte. — Nun lassen sich aber sehr füglich jene Zweifel über subjective Gleichstellung des mortis causa donatarius und des Legatars auch in einem etwas weiteren Sinne verstehen, wodurch denn die Aufnahme der ursprünglich nur von der Capacität handelnden Stellen auch für das neueste Recht von Bedeutung erscheint. — Die Frage kann nämlich auch so gefaßt werden: ist bei der mortis causa donatio der Begriff einer Schenkung das Vorherrschende, oder der einer letztwilligen Verfügung? Im ersteren Falle ist Alles nach dem Zeitpunct der vorgenommenen Schenkung zu beurtheilen; das Recht ist alsdann schon dem Donatar erworben, und wenn gleich als ein widerrufliches, so kann doch die Fähigkeit zu erwerben nicht nach der Zeit bestimmt werden, wo der Widerruf nicht weiter möglich ist, sondern nur nach der des früher bereits erfolgten Erwerbs. Im zweiten dagegen erwirbt der Donatar das Recht erst durch den Tod des Erblassers, folglich muß er zu dieser Zeit fähig seyn. Daß aber dieser zweite Gesichtspunct hier zu Grunde liege, ist schon nach den angeführten Bestimmungen des Pandektenrechts als entschieden anzunehmen, jeder mögliche Zweifel dagegen aber durch die von Justinian über die juristische Natur der mortis causa donatio erlassene Constitution beseitigt [47]). Nun läßt

47) L. ult. C. *de donat. mortis causa.* (VIII. 57.). (Vgl. §. 1. I. *de donat.*). Denn, wenn auch die Constitution nicht eine völlige Gleichstellung der mortis

ſich, wie oben bereits bemerkt wurde, das Erforderniß der paſſiven Teſtamentifactio zur Zeit der errichteten Teſtamente und beim Tode des Erblaſſers auch ſo ausdrücken: der Honorirte muß erbfähig ſeyn zu der Zeit, wo zu ſeinem Beſten verfügt wurde, er muß aber auch erwerbfähig ſeyn, wenn der Erblaſſer mit Tode abgeht. Daß er dies bereits im Moment der Dispoſition war, hilft ihm an ſich nichts, ſondern es kommt darauf an, ob er beim Tode des Erblaſſers auch wirklich erwerben könne? So erhält denn die Aeuſſerung des Africanus (in der L. 22. D. *de mort. c. don.*) „in m. c. donationibus non tempus donationis, sed mortis intuendum est, *an quis capere possit*“ auch für das neueſte Recht einen ſehr beſtimmten Sinn, ohne daß man ſich daraus einen Rückſchluß erlauben, oder per argumentum a contrario annehmen darf: es ſei nur die Erbfähigkeit des Donatars beim Tode des Erblaſſers und nicht auch ſchon bei dem Schenkungsact ſelbſt erforderlich. Zwar läßt ſich auch das Erforderniß der Teſtamentsfähigkeit bei der Dispoſition ſelbſt allenfalls ſo ausdrücken; es muß auch alsdann ſchon der Honorirte erwerbsfähig ſeyn; ja es liegt dieſer Gedanke eigentlich der Faſſung der Catonianiſchen Regel zu Grunde [48]), und ſelbſt einzelne Stellen, welche nur die Anwendung der Lex Jul. et Papia über Capazität auf die mortis causa donatio betreffen [49]),

causa donationes und der Legate ausſprach (vergl. v. Schröter a. a. O. S. 133 fgg. u. Haſſe Rhein. Muſ. Bd. III. S. 2. u. S. 6 fgg.), ſo iſt doch jedenfalls dadurch anerkannt, daß bei den mortis c. donationes der Begriff einer letztwilligen Verfügung vorherrſchend ſei.

48) L. 1. pr. D. *de reg. Cat.*

49) So inſonderheit die L. 9. 35. 36. 37. D. *de mort. c. don.*

können wir jetzt unbedenklich allgemein so verstehen: wer nicht fähig ist im Testamente durch Vermächtnisse bedacht zu werden, kann auch durch mortis c. don. nichts erhalten. Allein buchstäblich liegt ja eben in den Worten Africans nichts Anderes als: „ob der Donatar wirklich erwerben könne (an capere possit), das ist nicht nach dem Zeitpunct der Schenkung, sondern nach dem des Todes zu bestimmen," — ein Widerspruch dieser Stelle mit anderen, worin die Gleichstellung des Donatars und des Legatars in Hinsicht auf Erbfähigkeit anerkannt wird, ist mithin überall nicht vorhanden.

2) Eine falsche, ja quellenwidrige Anwendung der Begriffe testamenti factio und capacitas würde es auch seyn, wenn man so argumentiren wollte: testamenti factio ist ein Ausfluß des commercium, oder der bürgerlichen Verkehrsfähigkeit; wo sich diese nun findet und daneben nur noch Beschränkungen der Erbfähigkeit vorkommen, da sind diese nach den über Capazität geltenden Prinzipien zu behandeln, also es ist das Daseyn der Fähigkeit überall nicht nach dem Zeitpuncte der Testamentserrichtung, sondern nur nach dem des Anfalls zu bestimmen [50]). Und wenn wir auch selbst für das practische

50) Soviel ich weiß, ist dies noch nirgendwo mit Bestimmtheit geäussert; doch etwas Aehnliches wenigstens lesen wir bei Roßhirt in der Schrift: die Lehre von den Vermächtnissen nach Röm. Rechte. Erster Theil. (Heidelb. 1835.) S. 76 fg. Es heißt hier nämlich, daß bei dem in der neuesten Zeit so oft besprochenen Unterschied zwischen mangelnder testamenti factio und incapacitas zwei verschiedene Beurtheilungspuncte anzunehmen seien: der historische und der dogmatische. In Beziehung auf den ersteren werden dann weiter unterschieden „auf der einen Seite, die alten Grundsätze der testamenti factio, wonach den pe-

Recht streng an der Vorstellung festhalten dürfen: testamenti factio ist commercium, — so kann ja doch das

regrinis und den personis incertis die Erwerbfähigkeit m. c. abgesprochen wird, und auf der anderen die mancherlei Beschränkungen, welche z. B. hinsichtlich der Weiber durch die Lex Voconia, der coelibes und orbi durch die Lex Julia und P. P., der latini durch die lex Junia, zuletzt hinsichtlich der Ketzer, Apostaten u. s. w. gemacht worden sind, und wobei auch vorgekommen ist, daß Jemand nicht das Ganze, sondern nur einen gewissen Theil haben kann." Und daran wird dann die Bemerkung geknüpft: „so kann man denn allerdings die alte testamenti factio von den singulären Fällen der Incapacität unterscheiden." Zwar wird in der dazu gehörigen Note bemerkt: daß man die Sache nicht so zu nehmen habe, als wenn bei der eigentlichen testamenti factio die absolute, bei der incapacitas aber die bedingte und relative Unfähigkeit gemeint gewesen sei, — daß überhaupt dieser Unterschied nur eine historische Bedeutung habe, und die spätere Zeit einen allgemeinen Begriff der incapaces oder intestabiles aufgestellt habe. — In der That aber ist nicht einzusehen, weshalb nicht der Begriff der incapacitas im Gegensatze der passiven Testamentifaction auch jetzt noch sollte zur Anwendung kommen können, — m. a. W. warum man nicht auch jetzt noch zwischen solchen Fällen, wo die Erbfähigkeit und wo nur die Erwerbfähigkeit beschränkt ist, unterscheiden und im letzteren Falle das besondere Recht der incapaces hinsichtlich des Zeitpuncts der Fähigkeit zur Anwendung bringen dürfe! Ja es läßt sich mit Bestimmtheit annehmen, daß insonderheit auch darum manche die incapaces der L. Jul. et P. P., und der L. Jun. Norbana betreffende Stellen der Compilation einverleibt seien. Enthielten daher die gesetzlichen Vorschriften über Unfähigkeit der Ketzer und Apostaten wirklich nur Beschränkungen der Erwerbfähigkeit, oder sollte dadurch bloße Incapazität begründet werden, — so ist doch wahrlich nicht zu begreifen,

commercium an ſich vorhanden ſeyn und nur in einer beſtimmten Beziehung fehlen; ſo wird namentlich den Latini Juniani das commercium zugeſtanden, die active Teſtamentifactio aber, welche doch ebenfalls ein Ausfluß des commercium war, abgeſprochen [51]). — Dies führt uns denn noch zu einigen allgemeinen Bemerkungen über teſtamentariſche Erbfähigkeit, woran hiernächſt die ſpeziellen Erörterungen angeknüpft werden ſollen.

Bekanntlich theilt man die teſtamentariſche Erbunfähigkeit, oder den Mangel der ſ. g. testamenti factio passiva in die abſolute und relative, d. h. nur in gewiſſer Rückſicht (secundum quid, wie man auch wohl ſagt) Statt findende ein. Als relativ Unfähige werden dann genennt: a) Concubinenkinder, denen, wenn eheliche Kinder oder eine rechtmäßige Gattin vorhanden ſind, von ihrem Vater nur ein Zwölftheil der Verlaſſenſchaft zugewandt werden darf; b) die Frau; mit welcher man in einer inceſtuoſen Geſchlechtsverbindung lebt, ferner inceſtuoſe Kinder und deren Eltern, inſoferne ſie einander gegenſeitig

warum dies nicht auch jetzt noch gelten müßte! Doch iſt dieſe Vorausſetzung gewiß eben ſo wenig richtig, wie die in Anſehung der Lex Voconia, nämlich daß dabei nur Beſchränkungen der Erwerbfähigkeit, nicht der testamenti factio gemeint ſeien; wie dies bei den unten folgenden ſpeziellen Erörterungen noch zur Sprache kommen wird. — Uebrigens erklärt ſich Roßhirt über den von ihm ſ. g. dogmatiſchen Beurtheilungspunct, oder über die practiſche Bedeutung des Begriffs von Incapacität, weder beſtimmt noch deutlich, und es würde zu nichts führen, näher darauf einzugehen, was ſich in dieſer Beziehung S. 78. der gedachten Schrift geſagt findet.

51) Vgl. Ulpiani Fragm. Tit. XIX. §. 4. mit Tit. XX. §. 14.

einsetzen; c) der conjux posterior, soferne ihm von seinem Gatten mehr hinterlassen wird, als demjenigen der Kinder aus der früheren Ehe, welches am wenigsten durch das Testament erhält; d) der Regent, welcher litis causa eingesetzt wird; auch wohl e) Testamentszeugen, weil sie in dem Testamente, wobei sie als Zeugen zugezogen werden, nicht zu Erben eingesetzt werden dürfen [52]). — Die Bezeichnung aller Gründe nun, wodurch die Erbfähkeit entzogen oder beschränkt wird, durch den Ausdruck: Mangel der passiven testamenti factio, ist in neuerer Zeit getadelt und für unrömisch erklärt worden [53]). Indessen dürfte dieser Tadel doch wohl weniger Grund haben, wie der, daß man zwischen eigentlicher testamenti factio und Capacität gar nicht oder nicht genugsam unterschieden habe. Auch schon in unseren Rechtsquellen wird der Ausdruck testamenti factio bisweilen in einem so weiten Sinne genommen, daß er auch die bloße Erwerbfähigkeit mit umfaßt, mithin so viel bedeutet, als:

52) Der obige Unterschied findet sich allenthalben, nur mehr oder weniger vollständig in Ansehung der einzelnen Fälle der s. g. relativen Unfähigkeit. Man vgl. z. B. Hellfeld jurisprud. for. T. II. §. 1438. Hopacker principia jur. Rom. Germ. T. II. §. 1290. Nr. II. Thibaut Pand. Recht Bd. II. §. 944. Nr. II. (d. 8. A.). Günther princip. jur. Rom. noviss. T. II. §. 735. Nr. I. B. Schweppe das Röm. Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, Ausg. von Mejer Bd. V. §. 788. S. 47 fg. v. Hartitzsch das Erbrecht nach Röm. und heut. Rechten §. 26., wo auch noch die Judengemeinden, soferne sie von einem christlichen Erblasser eingesetzt werden, genannt sind.

53) S. v. Schröter in der angef. Abhandl. Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. II. S. 119. Note 1.

die vollkommene wirksame Erbfähigkeit [54]). Und wenn unter der Rubrik: qui heredes institui possunt ganz allgemein von dem Rechte, in einem Testamente honorirt zu werden und daraus etwas zu erwerben gehandelt wird, so dürfen wir auch wohl die Erklärung: heredes institui possunt, qui *testamentifactionem cum testatore* habent [55]), ohne wider den color romanus zu verstoßen, so verstehen: zu Erben eingesetzt werden können Alle, welche überhaupt oder in Beziehung auf den letzten Willen eines bestimmten Testirers fähig sind, durch Testament etwas zu erwerben. Jedenfalls rechtfertigt der materielle Zusammenhang eine Zusammenstellung aller Gründe, welche die Successionsfähigkeit aufheben oder beschränken, der systematische Zweck aber, macht es nöthig, daß man hierbei von möglichst allgemeinen Gesichtspuncten ausgehe. Darum darf man aber weder diesen weiteren Begriff von testamentifactio mit dem eigentlichen verwechseln, noch die Bestimmungen, welche nur diesen, d. h. die testamentarische Erbfähigkeit betreffen, auf die bloßen Erwerbsbeschränkungen durch Testament anwenden, und umgekehrt. Auch für das practische Recht kann und muß noch die Beschränkung der testamentarischen Erbfähigkeit und die der Fähigkeit, aus einem Testamente etwas zu erwerben, unterschieden werden, ohne freilich dabei von dem Gesichtspuncte ausgehen zu

54) So wird bei Ulpian ein Fall, in welchem Ehegatten die solidi capacitas haben, auf die Weise bezeichnet: „si vir absit — — intra annum, postquam abesse desierit, *libera inter eos testamenti factio est*“ (Fragm. Tit. XVI. §. 1.)

55) Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 1.

zu dürfen, daß dieser Unterschied gleich sei dem der absoluten und der nur relativen Unfähigkeit [56]). Diese Ansicht kann nur aufkommen, wenn man blos einzelne Fälle vor Augen hat und daraus Regeln bildet. Zu widerlegen ist sie leicht, und zwar geradezu aus den Quellen selbst durch das, was uns über das besondere Recht der Latini Juniani bekannt ist, worauf wir auch hier wieder zurückkommen müssen. — Die Latini hatten die active Testamentifactio gar nicht, die passive stand ihnen zu, nur nicht in Beziehung auf das Recht zum Vormunde ernannt zu werden, und ausserdem fehlte ihnen das jus capiendi, wenn sie nicht innerhalb 100 Tagen vom Tode des Erblassers die Civität erlangten [57]). Ueber die erstere Beschränkung äussert sich Ulpian (in den Fragm. Tit. XI. §. 16.) also: „Testamento tutores dari possunt hi, cum quibus testamenti faciendi jus est, praeter Latinum Junianum; nam *Latinus habet quidem testamentifactionem, sed tamen tutor dari non potest: id enim Lex Junia prohibet.*“ Hier haben wir also eine Beschränkung der passiven Testamentifactio nur nach einer bestimmten Richtung hin, mithin gewiß nur eine relative Beschränkung; dennoch aber kommt dabei auch die Zeit der Ernennung selbst in Betracht, und nicht, wie bei dem jus capiendi, die des Todes, weshalb es denn auch heißt: tutor *dari* non potest. — Die Eigenthümlichkeiten des jus capiendi nun lassen sich im Wesentlichen auf folgende Puncte zurückführen: a) es kommt dabei nur auf die Erwerbfähigkeit beim An-

56) Rossirt Lehre von den Vermächtnissen Bd. I. S. 77. Note 1.

57) Ulp. Fragm. Tit. XX. §. 14. Tit. XXII. §. 3. Tit. XI. §. 16.

fall des Rechts an, ferner (nach der urſprünglichen Bedeutung der Stellen wenigſtens) kann b) Jemand unter der Bedingung künftiger Erwerbfähigkeit giltig eingeſetzt werden [58]), auch c) Dem, welcher nicht das Ganze erhalten kann, dies dennoch zugewandt werden, wenn die Erbſchaft inſolvent iſt, oder er dieſelbe einem Fähigen reſtituiren ſoll [59]). Auf mehrere der blos relativen Beſchränkungen leiden dieſe Eigenthümlichkeiten ſchon der Natur der Sache noch keine Anwendung. So kommt bei dem: princeps litis causa heres institui nequit ja lediglich das Motiv, bei der Ausſchließung der Teſtamentszeugen ihr Verhältniß zu dem Inhalte des Teſtaments, — in beiden Fällen alſo die Zeit der Teſtamentserrichtung in Betracht, und eben ſo wenig bedarf es der Bemerkung, daß auch die zweite und dritte Eigenthümlichkeit des jus capiendi hier nicht anwendbar ſei. In Anſehung der übrigen relativen Beſchränkungen kann gezweifelt werden, ob ſie nach den Regeln über das jus capiendi, oder nach den für die testamentifactio geltenden zu beurtheilen ſeien. Dabei darf nun nicht blos auf den

58) L. 62. pr. D. *h. t.*

59) L. 72. D. *h. t.* (Terentius Clemens Lib. IV. ad Leg. Jul. et Pap.) „Si quis solidum a lege capere non possit, et ex asse sit institutus ab eo, qui solvendo non est: Julianus, ex asse eum heredem esse respondit; legi enim locum non esse in ea hereditate, quae solvendo non est.“ — L. 42. D. *de leg. II.* („Cum ei, qui partem capiebat, legatum esset, ut alii restitueret: placuit solidum capere posse“). L. 28. D. *de leg. III.* („Si fidei meae committatur, ut quod mihi relictum fuerit supra quod capere possum, alii restituam: posse me id capere constat“).

Ausdruck der beschränkenden Bestimmungen gesehen werden, sondern hauptsächlich entscheidet hierüber ihr Zweck, oder m. a. W. es kommt darauf an, wie diese Beschränkungen eigentlich gemeint seien, was bei den einzelnen Gründen näher zu erörtern ist. Aehnliche Erörterungen werden denn auch bei einzelnen absoluten Beschränkungen nicht fehlen dürfen, und überhaupt soll durch Beibehaltung der üblichen Classificationsart nicht im Voraus schon über die Bedeutung der besonderen Beschränkungen entschieden seyn. Ehe wir indessen diese folgen lassen, wird es nöthig seyn, eine Darstellung der testamentarischen Successionsfähigkeit hausunterthäniger Personen vorausgehen zu lassen.

§. 1437 a.

Von der testamentarischen Successionsfähigkeit hausunterthäniger Personen.

Es wird bisweilen wohl behauptet, daß die Römischen servi als solche die passive testamentifactio nicht gehabt hätten [60]). Wenn nun dies gleich nur so gemeint ist, daß sie als servi keine selbstständige Erbfähigkeit gehabt haben, so ist doch wenigstens der Ausdruck hier quellenwidrig. „Sicut autem liberi homines (sagt Gajus), ita et servi, tam nostri quam alieni, heredes scribi possunt“ [61]). Um nun die eigentliche Beschaffenheit dieser Erbfähigkeit kennen zu lernen, muß man

60) Hellfeld jurispr. for. §. 1437.

61) Gaji inst. II. §. 185. — In den Institutionen wird dieser Satz so ausgedrückt: „Heredes instituere permissum est tam liberos, quam servos, et tam proprios, quam alienos“ pr. I. h. t. Vgl. Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 7. *Gr.* Majansius disp. de servis heredib. instit. (P. I. disp. XXXII.)

zwischen den eigenen Sclaven des Erblassers und zwischen fremden unterscheiden.

A) Der eigne Sclave konnte früher nur cum libertate eingesetzt werden, d. h. er mußte im Testamente ausdrücklich für frei erklärt seyn [62]). Sonst war die Einsetzung ungiltig, auch wenn er in der Folge freigelassen wurde, oder in das Eigenthum eines Anderen übergieng; denn auch in diesem Falle galt die Einsetzung nicht wie die eines fremden Sclaven [63]). Doch gab es hierüber eine abweichende Ansicht, und diese hat Justinian in einer eignen Constitution gebilligt [64]). Demnach be-

62) Gaji inst. II. §. 186. 187. („Sed noster servus simul et liber et heres esse juberi debet, hoc modo: „„Stichus servus meus liber heresque esto,““ vel: „„heres liberque esto.““ Nam si sine libertate heres institutus sit, etiamsi postea manumissus fuerit a domino, heres esse non potest, quia institutio in persona ejus non constitit“).

63) Gaius l. 1. „ideoque, licet alienatus sit, non potest jussu domini cernere hereditatem.“

64) L. penult. (5) C. *de necessariis servis heredib. instit.* (VI. 27.). Vgl. pr. I. *h. t.* („— hodie vero etiam sine libertate, ex nostra constitutione, heredes nos instituere permissum est. *Quod non per innovationem induximus, sed quoniam et aequius erat, et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum, quam ad Plautium scripsit, refert*“). — Ausdrücklich wird dagegen eine Einschränkung des früheren Rechts noch anerkannt, in pr. I. *h. t.* und L. 48. §. 2. D. *h. t.* „est autem casus, in quo nec cum libertate utiliter servus *a domino* heres instituitur, ut constitutione Divorum Severi et Antonini cavetur, cujus verba haec sunt: servum adulterio maculatum (in

steht also die Einsetzung des eignen Sclaven auch ohne ausdrückliche Freiheitsertheilung, welche sich immer von selbst verstehen soll [65]), und sogar dadurch nicht einmal gehindert wird, daß der Testirer den nämlichen Sclaven Jemandem legirt [66]). Ein dem Sclaven ohne Freiheits-

den Digesten wird gelesen: adulterii accusatum), non jure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quae rea fuerat ejusdem criminis, rationis est. Quare sequitur, ut in eundem a domina collata institutio nullius momenti habeatur (*Dig.* nihil momenti habeat). Es ist hier die Rede von einem Sclaven, welcher des Ehebruchs mit der Erblasserin verdächtig und dieserhalb in Untersuchung gerathen war; die Wirksamkeit einer solchen Einsetzung nun sollte nicht etwa bis zum Ausgange des Criminalverfahrens suspendirt werden, sondern die Einsetzung überall nicht gelten, wenn sie vor ergangenem absolutorischen Erkenntnisse erfolgt war. S. Theophilus in der Paraphrase der Institutionen ad pr. I. *h. t. Gr.*; Marianus disp. cit. §. 26. — Andere Einschränkungen waren früher schon verworfen; s. namentlich, daß nach der Meinung Einiger, es keine giltige Einsetzung sei, wenn der Testirer sagte: „Stichus liber esto, et posteaquam liber erit heres esto.“ Vgl. L. 9. §. 14. L. 51. D. *h. t.* — S. *R. J.* Pothier Pand. Justin. Tit. *de heredib. instit.* Nr. XVI. Not. h — k. T. II. p. 196. — Vgl. auch noch L. 1. C. *de nec. heredib. instit.*

65) Noch weniger kann also die Giltigkeit der Erbeseinsetzung dadurch gehindert werden, daß die Freiheitsertheilung nur nicht im Testamente erfolgt war, sondern in einem Codizill, was freilich bezweifelt wurde „ne videatur per codicillos hereditas confirmari,“ weshalb es denn ebenfalls einer Entscheidung Justinians hierüber bedurfte; L. 5. §. 1. C. *de necessar. serv. heredib. instit.*

66) L. 5. pr. in f. C. *de necess. serv. heredib. inst.* —

ertheilung zugewandtes Vermächtniß hat freilich diese Wirkung nicht, doch muß der Erbe dem Sclaven das Vermächtniß auszahlen [67]). Ist der Sclave Gegenstand eines Vermächtnisses und zugleich dem Erben substituirt, so ist das Vermächtniß nur giltig, wenn der Substitutionsfall nicht eintritt; sonst wird der Sclave frei und Erbe, gerade so, wie wenn er unter ausdrücklicher Freiheitsertheilung substituirt wäre [68]). Durch eine andere Constitution wurde der Fall entschieden, wenn dem unbedingt eingesetzten Sclaven unter einer Bedingung die Freiheit zugewandt war. Ist es eine (versteht sich auf die Person des Sclaven gestellte) Potestativbedingung, so muß sie erfüllt werden, sonst wird der Sclave weder frei noch Erbe. Ist es eine von der Willkühr des Sclaven unabhängige Bedingung, so wird jedenfalls die Freiheitsertheilung wirksam, wenn auch die Bedingung nicht eintritt, Erbe wird der Sclave in diesem Falle aber nur, wenn die Erbschaft insolvent ist [69]). Verschieden davon ist übrigens der Fall, wenn der Testirer seinen eignen Sclaven unter der Bedingung, daß er frei werden würde, einsetzt; dies gilt nicht, da es hier offenbar an Festigkeit und Bestimmtheit der Willenserklärung (dem certum

„Neque enim ferendum est, supponere, quosdam esse ita supinos, ut eundem servum et heredem instituant sine libertate, et iterum alii per legatum eundem servum adsignent.“ — Vgl. die Accursische Glosse zu dieser Stelle v. *supinos* und den dazu gehörigen casus.

67) L. 5. §. 2. C. *de nec. serv. heredib. instit.*

68) L. 5. §. 3. C. *eod.*

69) L. ult. (6.) C. *h. t.*

consilium testatoris) fehlt [70]). — Bleibt nun der (gehörig eingesetzte) Sclave bis zum Tode des Erblassers in seiner bisherigen Lage, so wird er dessen necessarius heres, d. h. er wird ipso jure Erbe und muß es werden [71]); manumittirt ihn der Erblasser, so hängt es von seinem Willen ab, ob er Erbe werden wolle, oder nicht [72]); veräussert er ihn, so ist die Freiheitsertheilung dadurch immer vernichtet, und sein neuer Herr bestimmt es nunmehr, ob er die Erbschaft antreten solle, oder nicht [73]). Als eigner Sclave des Erblassers wird in al-

70) L. 21. D. *de condit. inst.* („Servus alienus ita heres institui potest: *cum liber erit;* proprius autem ita institui non potest"). L. 22. *eod.* — Aufgehoben ist diese Beschränkung weder ausdrücklich, noch stillschweigend durch Justinians Constitution; denn das „certum consilium debet esse testantis" (Ulp. Fragm. Tit. XXII. §. 4. in f.), womit sie zusammenhängt, ist eine unerläßliche Bedingung für jede letztwillige Verfügung.

71) §. 1. I. *h. t.* („Servus autem a domino suo heres institutus, si quidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber heresque necessarius"). — Gaji inst. II. §. 188. Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 11. — Vgl. §. 1. I. *de hered. qual. et differ.* — Bd. 36. d. Comment. S. 146. Note 25.

72) §. 1. I. cit. „si vero a vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio hereditatem adire potest, quia non fit necessarius, cum utrumque (d. h. die Freiheit und die Erbschaft) s. Theophilus in der Paraphrase zu dieser Stelle) ex domini testamento non consequitur." — Gaji inst. II. §. 188.

73) §. 1. I. cit. „quodsi alienatus fuerit, jussu novi domini adire hereditatem debet, et ea ratione per eum dominus fit heres; nam ipse alienatus neque

len gedachten Beziehungen auch derjenige betrachtet, an welchem Jemandem der Niesbrauch zusteht, wogegen er hinsichtlich des Usufructuars und dessen testamentarischer Verfügungen für einen fremden Sclaven gilt [74]). Setzte der Erblasser einen Sclaven ein, woran ihm nur Miteigenthum zustand, so kam es darauf an, ob dies cum libertate oder sine libertate geschahe. Im ersteren Falle accrescirte der Sclave nach dem vorjustinianischen Rechte dem Miteigenthümer des Erblassers [75]), folglich erhielte dieser auch von selbst das Recht, durch denselben die Erbschaft zu erwerben; im letzteren Falle hatte der Testirer über die Frei-

liber neque heres esse potest, etiamsi cum libertate heres institutus fuerit: destitisse etenim a libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit.“ — Gaji inst. l. l. und Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 12. — Die Wiedererwerbung des Sclaven von Seiten des Erblassers erneuert übrigens auch die Wirkung der früheren Einsetzung. L. 9. §. 16. D. h. t. — „sed si redemtus sit a testatore, institutio valet, et necessarius heres erit.“

74) Pr. I. h. t. „Proprius autem servus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. — — Alienus servus etiam is intelligitur, in quo usumfructum testator habet.“

75) §. ult. I. *de donat.* „Erat olim et alius modus civilis acquisitionis per jus accrescendi, quod est tale: si communem servum habens aliquis cum Titio solus libertatem ei imposuit, — — eo casu pars ejus amittebatur, et socio accrescebat.“ — Vgl. Ulpiani Fragm. Tit. I. §. 18. Paulli sent. rec. Lib. IV. Tit. XII. §. 1. — *Jo.* Cannegieter in notis ad Ulpiani Fragm. (Traj. ad Rh. 1768.) ad Tit. I. §. 18.

einsetzen; c) der conjux posterior, soferne ihm von seinem Gatten mehr hinterlassen wird, als demjenigen der Kinder aus der früheren Ehe, welches am wenigsten durch das Testament erhält; d) der Regent, welcher litis causa eingesetzt wird; auch wohl e) Testamentszeugen, weil sie in dem Testamente, wobei sie als Zeugen zugezogen werden, nicht zu Erben eingesetzt werden dürfen [52]). — Die Bezeichnung aller Gründe nun, wodurch die Erbfähkeit entzogen oder beschränkt wird, durch den Ausdruck: Mangel der passiven testamenti factio, ist in neuerer Zeit getadelt und für unrömisch erklärt worden [53]). Indessen dürfte dieser Tadel doch wohl weniger Grund haben, wie der, daß man zwischen eigentlicher testamenti factio und Capacität gar nicht oder nicht genugsam unterschieden habe. Auch schon in unseren Rechtsquellen wird der Ausdruck testamenti factio bisweilen in einem so weiten Sinne genommen, daß er auch die bloße Erwerbfähigkeit mit umfaßt, mithin so viel bedeutet, als:

52) Der obige Unterschied findet sich allenthalben, nur mehr oder weniger vollständig in Ansehung der einzelnen Fälle der s. g. relativen Unfähigkeit. Man vgl. z. B. Hellfeld jurisprud. for. T. II. §. 1438. Hofacker principia jur. Rom. Germ. T. II. §. 1290. Nr. II. Thibaut Pand. Recht Bd. II. §. 944. Nr. II. (d. 8. A.). Günther princip. jur. Rom. noviss. T. II. §. 735. Nr. I. B. Schweppe das Röm. Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, Ausg. von Mejer Bd. V. §. 788. S. 47 fg. v. Hartitzsch das Erbrecht nach Röm. und heut. Rechten §. 26., wo auch noch die Judengemeinden, soferne sie von einem christlichen Erblasser eingesetzt werden, genannt sind.

53) S. v. Schröter in der angef. Abhandl. Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. II. S. 119. Note 1.

doch auch ein gemeinschaftlicher Sclave betrachtet werden, durch den servus communis, aber soll ja der socius

2). — Daher konnte denn auch das dem eignen Sclaven ohne Freiheitsertheilung zugewandte Vermächtniß nicht gelten (L. 4. C. *de legat.* VI. 37.); schon mit der Catonianischen Regel würde sich dies nicht vertragen, weil, wenn der Erblasser sofort mit Tode abginge, das Recht auf das Vermächtniß und die Verbindlichkeit es auszuzahlen in einer Person zusammentreffen würden (arg. L. 17. D. *quando dies leg. vel fideic. ced.* XXXVI. 2. — Vergl. *Barth.* Cressius de differ. jur. cap. VII. Nr. 4—8., in der jurisprudentia Rom. et Att. T. II. p. 634. Arndts über die Catonianische Regel, im Rhein. Mus. Bd. V. S. 223.). Auch läßt sich hier anwenden, was Gajus II. §. 245. (vgl. mit §. 33. I. *de leg.*) sagt: quia ipse tibi legatum debere non possis. Er spricht nämlich von dem ähnlichen Falle, wenn der fremde Sclave zum Erben eingesetzt und seinem Herrn ein Vermächtniß zugewandt ist. Eine Verschiedenheit liegt nur darin, daß hier nicht die Catonianische Regel zur Anwendung kommt, „nam (wie es in dem citirten §. 33. der Institutionen heißt) etsi statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum, qui heres sit, dies legati cedere intelligitur, cum hereditas a legato separata sit, et possit per eum servum alius heres effici, si prius, quam jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit, vel manumissus ipse heres efficiatur, quibus casibus utile est legatum;“ d. h. auch wenn der Testirer gleich nach der Testamentserrichtung mit Tode abgeht, so ist darum doch nicht schon das Vermächtniß ohne Wirkung, indem ja noch vor der Erbschaftserwerbung der Sclave frei werden oder in die Hände eines Erben kommen kann; in beiden Fällen sind die Erbschaft und das Vermächtniß von einander zu trennen; nur wenn das frühere Verhältniß bleibt, mithin der Legatar durch den Sclaven Erbe wird,

die Erbschaft erwerben; wäre es hier nur auf eine durchaus consequente Durchführung dieses Grundsatzes angekommen, so würde auch in der That nichts übrig geblieben seyn, als die ganze Disposition für unwirksam zu erklären. Allein für den Erwerb eines socius durch einen gemeinschaftlichen servus hatte sich längst die allgemeine Regel gebildet: communis servus duorum servorum personam sustinet“ [79]); in Folge dieser Regel

fällt auch in diesem Falle das Vermächtniß weg, und davon eben sagt Gajus a. a. O. sed si tu per eum heres extiteris, evanescere legatum, *quia ipse tibi legatum debere non potuit*;“ (oder nach dem angeführten §. der Institutionen: „quodsi in eadem causa permanserit et jussu legatarii adierit, evanescit legatum).“ Genug also, man kann hier nicht schon in der Anordnung eines solchen Legats selbst einen Grund der Ungiltigkeit finden; darum wollen denn Manche in den Ulpianischen Fragmenten Tit. XXIV. §. 24. („Ei, cujus in potestate, manu, mancipio est heres scriptus, legari *non* potest“) die Negation tilgen (s. Cujacii observ. Lib. VI. c. 37. Schulting in der Note 62. zu dieser Stelle — jurisprud. vet. antejust. p. 658. Arndts a. a. O. S. 216. 217. *Jo.* Cannegieter in not. ad h. t. hält es ebenfalls für unächt, will aber, durch Annahme eines Misverständnisses der Abkürzung *nab.* lesen: legari a nobis potest). Auch wird dies durch die angeführten Stellen aus Gajus und den Institutionen unterstützt. Warum sollte indessen Ulpian nicht den Fall vor Augen gehabt haben, wo Alles unverändert bleibt, in welchem Falle ja das Legat ohne Zweifel unwirksam war.

79) L. 1. §. 4. D. *de stipulatione servorum* (XLV. 3.). Diese Stelle ist aus den Digesten des Julianus; die Regel stand mithin lange vor der Zeit Ulpians fest. Hier

erwirbt auch der Miteigenthümer ein Vermächtniß ganz, welches ein Socius dem gemeinschaftlichen Sclaven zugewandt hat [80]), und eben so das, welches dem ihm und dem Erben gemeinschaftlichen Sclaven zugewandt ist [81]).

wird sie auf den Fall angewandt, wenn der eigne Sclave des Socius dem gemeinschaftlichen etwas stipulirt, d. h. zu dessen Besten einen Vertrag schließt; diese Stipulation soll nicht etwa nur zur Hälfte gelten, sondern für den Socius, welcher dadurch erwerben kann, vollständig wirken: „idcirco, si proprius meus servus communi meo et tuo servo stipulatus fuerit, idem juris erit in hac una conceptione verborum, quod futurum esset, si separatim duae stipulationes conceptae fuissent, altera in personam mei servi, altera in personam tui servi (dieses, jedenfalls sehr weit hergeholte Argument will sagen: die Wirkung ist die nämliche, wie wenn mein Sclave einem Mitsclaven, der mir ganz gehört, und dann noch besonders Deinem Sclaven stipulirt: diese Stipulation kann gar nicht gelten, jene ist wirksam); neque existimare debemus, partem dimidiam tantum mihi adquiri, partem nullius esse momenti: *quia persona servi communis ejus conditionis est, ut in eo, quod alter ex dominis potest adquirere, alter non potest, perinde habeatur, ac si ejus solius esset, cui adquirendi facultatem habeat.*“ S. auch L. 12. D. *de auct. tut.* (XXVII. 8.). — Vgl. *Barth.* Chesius de differ. jur. Cap. VIII. (jurispr. Rom. et Att. T. II. p. 635 sqq.) wo sich auch noch andere Anwendungen dieses Grundsatzes genannt und erläutert finden.

80) Paulli sent. rec. Lib. III. Tit. VI. §. 4. in f. L. 49. pr. D. *ad Leg. Falcid.* L. 63. §. 9. D. *pro soc.* (XVII. 2.).

81) Arg. L. 34. §. 11. D. *de leg. I.* u. L. 11. D. *de opt.*

Nur wenn die Verpflichtung zur Auszahlung des Vermächtnisses und das Recht darauf jedenfalls in derselben Person zusammentreffen würden, kann natürlich auch hier das Vermächtniß nicht bestehen. Dies ist der Fall, wenn der eine Socius von dem anderen zum Erben eingesetzt und dem gemeinschaftlichen Sclaven ohne Bedingung ein Vermächtniß zugewandt war [82]), was (wegen der Catonianischen Regel) eben so wirkungslos bleiben mußte, wie wenn dem im ausschließlichen Eigenthume des Erben befindlichen Sclaven ohne Bedingung etwas vermacht wurde [83]). — Schon aus diesen Vordersätzen ergiebt sich die Richtigkeit der über die Erbeseinsetzung eines gemeinschaftlichen Sclaven vorhin vorgetragenen Ansicht. Direct bewiesen wird sie durch eine Aeusserung Ulpians, welche

leg. (XXXIII. 5.). *Barth.* Chesius de differ. jur. cap. VIII. Nr. 2. u. 10.

82) L. 89. D. *h. t.* (S. über diese Stelle unten die Note 89. und den dazu gehörigen Text).

83) §. 32. I. *h. t.* „An servo heredis recte legemus, quaeritur. Et constat, pure inutiliter legari, nec quidquam proficere, si vivo testatore de potestate heredis exierit, *quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, non hoc ideo debet valere, quia diutius testator vixerit;* sub conditione vero recte legatur, ut requiramus, an, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit.“ Aus Gajus (Lib. II. §. 244.) ersehen wir, daß auch darüber ein Schulstreit Statt fand. Die Proculejaner läugneten auch in diesem Falle die Giltigkeit des Vermächtnisses, „quia quos in potestate habemus, eis non magis sub conditione, quam pure debere possumus.“ Die entgegenstehende Ansicht der Sabinianer ist also von Justinian gebilligt.

freilich auch erst durch jene Vordersätze ihr rechtes Licht erhalten kann: Ulpian sagt nämlich: „Communis servus cum libertate recte quidem heres instituitur, *quasi proprius, pro parte nostra*; sine libertate autem, *quasi alienus, propter socii partem*“ [84]). Also: hat der Erblasser den zum Erben eingesetzten gemeinschaftlichen Sclaven für frei erklärt, so gilt dies gerade so, wie wenn er bei seinem Leben ihn manumittirt und darauf zum Erben eingesetzt hätte: der Sclave konnte in diesem Falle die Freiheit nicht erhalten, accrescirte vielmehr dem Socius, und dieser erwarb hiernächst die Erbschaft durch denselben. Wurde der Sclave aber nicht für frei erklärt, so lag in der testamentarischen Disposition keine ungültige Verfügung, — keine, welche dem Testirer nicht zustehen konnte, m. a. W. er hatte durch die Erbeseinsetzung den gemeinschaftlichen Sclaven nicht wie einen ihm allein zugehörigen behandelt, sondern nur das gethan, was ihm in Ansehung eines jeden fremden Sclaven freistand, und so wird auch hier aus der Person des Socius die ganze Verfügung aufrecht erhalten, weshalb denn consequenterweise der Sclave, soferne der Socius die Erbschaft durch ihn erwarb, wie ein servus alienus betrachtet werden mußte, ungeachtet er selbst (oder vielmehr der Antheil des Erblassers) wie jedes andere Erbschaftsobject mit der Erbschaft erworben wurde [85]).

84) Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 10.

85) Darum kann denn auch ein gemeinschaftlicher Sclave giltig als Miterbe neben dem Socius eingesetzt werden. Es war dies eben so giltig, wie die Einsetzung des dem Miterben ausschließlich zugehörigen Sclaven. L. 89. in f. D. *h. t.* (S. unten die Note 89. a. E.). — Vgl. auch Cujacius und Schulting zu dem citirten §. 10. der Ulpianischen

Wie verhält sich die Sache nun aber nach dem Justinianischen Rechte? Justinian hob das jus accrescendi des Socius auf, worauf, zu einem großen Theile wenigstens, die vorgetragenen Sätze beruhen: der Sclave solle frei werden und der Socius sich mit einer angemessenen Entschädigung begnügen müssen [85]). Es leidet hiernach kein Bedenken, daß dies Nämliche auch alsdann eintritt, wenn der gemeinschaftliche Sclave cum libertate eingesetzt wird, — der Sclave erhält nämlich die Freiheit und die Erbschaft, der Socius aber muß sich eine Abfindung gefallen lassen. — Wie nun aber, wenn die Einsetzung ohne Freiheitsertheilung erfolgte? Hier scheint consequenterweise dasselbe angenommen werden zu müssen: denn die Einsetzung eines ausschließlich eignen Sclaven ohne ausdrückliche Freiheitsertheilung soll ja nach Justinians Bestimmung als institutio cum libertate betrachtet werden. Indessen sprechen überwiegende Argumente für das Gegentheil. Zuvörderst ist ausser Zweifel, daß die Aufhebung des Accrescenzrechts nicht blos als correctorische Bestimmung, sondern auch als singuläres Recht zu betrachten ist, da hiernach der Socius wider seinen Willen sein Eigenthumsrecht aufgeben muß.

Fragmente, Note 28. und zu Paulli sent. rec. Lib. III. Tit. VI. Note 8. 9., wo die richtigen Prinzipien angedeutet sind; eine gründliche Ausführung unserer Frage, oder auch nur eine eigentliche Erklärung der Stelle Ulpians findet sich hier nicht, und eben so wenig bei dem übrigen von mir verglichenen Interpreten der Ulpianischen Fragmente; Jo. Cannegieter (in den not. ad Ulp.) übergeht sie ganz mit Stillschweigen.

86) L. 1. C. *de communi servo manumisso.* (VII. 7.). §. ult. I. *de donat.* — Vgl. Göschen in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. 3. S. 261 fg.

Wenn nun hiernach schon die Regel der strictern Interpretation solcher Gesetze die Anwendung auf andere Fälle, als die buchstäblich bestimmten, ausschließt, so läßt sich auch nicht einmal behaupten, daß hier par ratio vorhanden sei. Gewiß liegt die Annahme viel näher, daß der Testirer dem eingesetzten Sclaven auch die Freiheit zuwenden wolle, wenn derselbe ausschließlich sein eigen ist, als in dem Falle, wo noch ein Miteigenthümer vorhanden ist; in jenem Falle würde die Einsetzung ohne Freiheitsertheilung ganz wirkungslos seyn, in diesem behält sie immer ihren Rechtsbestand, nur daß nicht der Sclave, sondern aus dessen Person der Socius Erbe wird. Hiezu kommt aber noch, daß Justinian in dem Gesetze, wodurch er das Accrescenzrecht aufhebt, bestimmt: es solle das neue Gesetz nicht blos für Manumissionen inter vivos gelten, sondern auch alsdann, wenn der Socius den gemeinschaftlichen Sclaven zum Erben einsetze und dabei bestimme, daß er frei seyn solle[87]); es ist mithin für den Fall, wo es an einer solchen Bestimmung fehlt, offenbar das Gegentheil anerkannt. Aus diesen Gründen haben sich denn auch die gründlichsten Ausleger für die Meinung erklärt, daß bei der Erbeseinsetzung des gemeinschaftlichen Sclaven ohne ausdrückliche Freiheitsertheilung das frühere Recht eintrete, d. h. es gilt dies zum Besten des Socius als Erbeseinsetzung eines servus alienus[88]). Für diese Meinung giebt es indessen auch noch ein anderes, gewöhnlich übersehenes, Argument: wenn Jemand seinen Socius

87) L. I. §. 1. in f. C. *de communi servo manum.* — „et hoc moriturus dixerit.“ —

88) Bachov ad tr. I. *h. t.* Nr. 2. Vinnius ad eund. loc. Nr. 5.

Socius als heres ex asse einsetzt und einem gemeinschaftlichen Sklaven ohne Freiheitsertheilung ein Vermächtniß zuwendet, so soll dies Vermächtniß nicht gelten [89]). Die Worte sine libertate sind ohne Zweifel interpolirt [90]); denn nach dem Pandektenrechte konnte das Vermächtniß ja auch alsdann nicht bestehen, wenn es für den servus communis cum libertate angeordnet war, indem alsdann das gesetzliche Accrescenzrecht zum Besten des Socius eingetreten seyn würde (s. Note 75.). Wenn nun also die Compilatoren jene Worte einschoben, so konnte dies nur mit Rücksicht auf die durch Justinian eingeführte Neuerung geschehen, folglich ist auf das deutlichste dadurch anerkannt, daß für den Fall, wo das Vermächtniß sine libertate angeordnet war, es bei dem

89) L. 89. D. h. t. — Vollständig lautet diese aus dem Lib. II. Manualium entlehnte Stelle von Paulus so: „Si socius heres institutus sit ex asse, et servo communi legetur pure *sine libertate*, hoc legatum non constitit. Plane sub conditione ei utiliter et sine libertate legabitur, quondam et proprio servo ab herede recte sub conditione legatur. (Quare etiam heres institui sine libertate, ut alienus, socio herede scripto, poterit: quia et proprius cum domino heres institui poterit.“ Ueber die Bedeutung dieses letzteren Satzes s. oben Note 85. zu Anfang; der proprius servus ist hier der dem Miterben ausschließlich zugehörige. S. Pothier Pand. Iust. ad h. t. Nr. XX. Not. d. e. P. II. p. 198.).

90) S. Arndts über die Caton. Regel, im Rhein. Mus. Bd. V. S. 223. — Edm. Merillius welcher als Hauptinterpret dieser Stelle angeführt zu werden pflegt (Differ. Lib. singularis Cap. XIII.) hat die Interpolation nicht einmal bemerkt.

alten Rechte verbleibe, d. h. die Freiheitsertheilung sich nicht von selbst verstehen sollte, woraus denn weiter die Ungiltigkeit dieser Anordnung folgte [91]).

So sehr begünstigt indessen auch nach dem neuesten Rechte testamentarische Freiheitszuwendungen erscheinen, so ist doch die Einsetzung des eignen Sclaven unter der Bedingung der Freiheit nicht wirksam, „quia ratio suadet, cum, qui libertatem dare potest, ipsum de-

91) Manche sind der Meinung, daß auch in der L. 63. §. 9. D. *pro socio* (XVII. 2.), wo es heißt: „Si servo communi legatum sine libertate unus ex dominis reliquit, hoc ad solum socium pertinet," die Worte *sine libertate* interpolirt seien; so z. B. Fr. Balduinus Justinianus s. de jure novo comment. Lib. III. (in der Jurisprud. Rom. et Attica T. I. p. 1156. u. *Jo. Jac.* Wissenbach emblemata Tribonieni, Ausg. von Ludovici p. 181. Allein mit Recht hat dagegen schon Cujacius bemerkt, daß es nach dem in der L. 63. §. 9. D. pro socio vorgetragenen Fall, auf die Entscheidung der Frage angekommen sei, ob der Socius mit dem Erben des Socius (des Erblassers) das Vermächtniß zu theilen habe. Diese Frage konnte überall nicht aufgeworfen werden, wenn das Vermächtniß cum libertate angeordnet worden wäre. Denn alsdann würde nach dem Pandektenrechte der Sclave ganz dem Socius angefallen seyn; jetzt aber verblieb dem Erben des Socius das Miteigenthum, folglich konnte allerdings gefragt werden: ob er denn nicht auch von dem Vermächtnisse einen Theil erhalten müsse? was aber wegen des Grundsatzes: dergleichen Vermächtnisse haben die Wirkung, als wenn sie einem gänzlich fremden Sclaven zugewandt wären (s. die Note 80.) verneint werden mußte. S. Cujacii not. ad Ulpianum Tit. XXII. §. 10. (bei Schulting in der jurisprud. antejust. p. 637. Note 28.) und Schulting not. ad. Pand. ed. Smallenburg T. III. p. 391.

here — — — dare libertatem“ [92]); bei Anordnungen dieser Art fehlt es also an der Bestimmtheit des Willens, dem certum consilium, ohne welches keine Disposition Bestand haben kann.

B) Anlangend nun die Einsetzung eines servus alienus, so ist deren Giltigkeit davon abhängig, daß der Herr desselben die passive Testamentifactio habe: „Alienos servos heredes instituere possumus, eos tamen, quorum cum dominis testamentifactionem habemus [93]). Indessen darf dies keineswegs so verstanden werden, daß nun auch gerade der damalige Herr des Sclaven Erbe werden müsse, oder doch sonst die Erbeseinsetzung wirkungslos werde. Es ist dies vielmehr nur der Fall, wenn das Verhältniß des Sclaven sich überall nicht ändert, derselbe also der Herrschaft seines bisherigen Herrn unterworfen bleibt; alsdann wird dieser durch ihn Erbe [94]). Anders verhält es sich dagegen, wenn der Sclave vor dem Anfall oder dem Erwerb der Erbschaft unter die Gewalt eines anderen Herrn kommt, oder frei wird. Im ersteren Falle erwirbt sein neuer Herr durch ihn [95]), im

92) L. 21. L. 22. D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7.).

93) Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 9. — Vgl. L. 31. pr. D. *h. t.* „Non minus servos, quam liberos, heredes instituere possumus, si modo eorum scilicet servi sint, quos ipsos heredes instituere possumus, cum testamentifactio cum servis ex persona dominorum introducta sit.“ — L. 12. §. 2. D. *de leg. I.*

94) §. 1. I. *h. t.* — „Alienus quoque servus heres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hereditatem debet.“ — Gaji inst. II. §. 189.

95) §. 1. I. *h. t.* — „si alienatus ab eo fuerit, aut

zweiten er ſelbſt [96]). Darum wurden denn auch die servi ſelbſt hierbei berückſichtigt und Regeln über die Möglichkeit eines Rechtserwerbes geradezu auf ſie bezogen: Etsi maxime testamentifactio cum servis alienis ex persona dominorum est, (ſagt Papinian in dem ſechszehnten Buche ſeiner Quäſtionen) ea tamen, *quae servis relinquuntur, ita valent, si liberis relicta possent valere: sic ad fundum domini via servo frustra legatur*“ [97]). Für den Dominus ſelbſt würde ein ſolches Vermächtniß giltig geweſen ſeyn, für den Sclaven ſoll es eben ſo wenig gelten, als wenn einem Freien der Zugang zu einem fremden Grundſtück vermacht wäre; dies iſt wirkungslos, weil es dabei an dem eignen Intereſſe des Vermächtnißnehmers, als nothwendiger Bedingung des Rechtserwerbes fehlt, und darum kann es auch für den Sclaven nicht wirkſam ſeyn, denn dieſer kann ja keinen Gebrauch davon machen, wenn er beim Anfall des Rechts frei iſt [98]). Noch genauer erklärt ſich über

vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam adeat, debet jussu novi domini adire.“ — Dies gilt ſogar noch von dem Fall, wenn der vorige Herr ſchon einen Befehl zur Antretung gegeben hat, aber vor deſſen Ausführung mit Tode abgeht: L. 62. §. 1. D. *h. t.* „Si servus heres institutus post jussum domini, antequam adiret, alienatus esset: novum jussum posterioris domini, non jussum prioris exigitur.“

96) §. 1. I. *h. t.* — „At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo antequam adeat, suo arbitrio adire hereditatem potest.“ — Gaji inst. II. §. 189. in f.

97) L. 5. D. *de serv. leg.* (XXXIII. 3.).

98) Cujacii comment. in Lib. XVI. Qu. Papin. ad h. l.

das Verhältniß dieser zwiefachen Testamentifactio (in der Person des Herrn und des Sclaven) Paulus in folgender Art: „Servo alieno posse rem domini legari Valens scribit, item id, quod domino ejus pure debetur: cum enim servo alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc tantum inspicitur, ut sit cum eo testamentifactio; caeterum ex persona servi constitit (consistit) legatum. Et ita rectissime Julianus definit, id demum servo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere posset; calumniosa est enim illa adnotatio, posse legari servo et quamdiu serviat, nam et hoc legatum ex persona servi vires accipit. Alioquin et illud adnotaremus, esse quosdam servos, qui, licet libertatem consequi non possint, attamen legatum et hereditatem possunt acquirere domino“ — [99]). Also: die Persönlichkeit des Herrn wird nur insoferne berücksichtigt, als darauf die Fähigkeit des Sclaven im Testamente bedacht zu werden, beruht; im Uebrigen — folglich auch in Beziehung auf den Gegenstand und die rechtlichen Wirkungen — ist Alles aus der Person des Sclaven selbst zu bestimmen, woraus denn folgt, daß ein solches Vermächtniß nur besteht, wenn es bestehen könnte, falls der Sclave frei wäre. Paulus bezieht sich hierbei auf die Autorität von Julianus, welcher vielleicht diese Regel zuerst so aussprach; zugleich erklärt er die Bemerkung eines anderen Juristen, vermuthlich des Mar-

ed. Neapol. T. IV. p. 411 sqq. Pothier Pand. Justin. Tit. *de leg.* Nr. 136. Not. k. (T. II. p. 296.).

99) L. 82. §. 2. D. *de leg. II.* (Paulus Lib. X. Quaestion.).

cellus [100]), daß ja doch einem Sclaven mit der Beschränkung, so lange er servus sei, vermacht werden könne, für eine geflissentliche Verdrehung. Denn (fügt Paulus hinzu) auch in diesem Falle bestehe das Vermächtniß nur aus der Person des Sclaven. Eine Verdrehung nennt er die Bemerkung des Marcellus, weil ja Julianus nicht sage: für den Sclaven müsse allemal die Möglichkeit selbst erwerben zu können, vorhanden seyn, sondern nur: es müsse das Vermächtniß aus seiner Person bestehen, d. h. ihm erworben werden können, falls er frei wäre. Sonst (fährt er fort) würde man dem Julianus auch entgegensetzen dürfen, daß ja auch solche Sclaven, welche nie freigelassen werden können [1]), ihren Herrn Vermächtnisse und Erbschaften erwerben, — wo-

100) Ulpius Marcellus schrieb nämlich Noten zu den Digesten des Julianus (*Abr.* Wieling Jurisprud. rest. p. 107. *Meinard* Tydeman Diss. de *L. Ulpii Marcelli* vita et scriptis. Traj. ad Rh. 1762. Sect. II. C. 2. §. 8. in *Gerh.* Oelrichs thes. nov. Diss. jurid. in acad. Belgic. habitar. Vol. I. T. I. Nr. I. p. 85); auch wird auf seine Autorität der Satz gestützt, daß man einen Sclaven „quoad serviat" legiren könne (L. 113. pr. D. *de leg. I.*). Ueber diese Noten äussert sich Paulus auch sonst, wenigstens mit scheinbarer Wegwerfung (vgl. L. 14. §. 1. D. *de lege Cornelia de falsis.* XLVIII. 10. — — „inveni Marcellum apud Julianum adnotasse — — — ita adjicit iste Marcellus;" obgleich er hier offenbar die Bemerkung des Marcellus billigt. S. Tydeman l. l. §. 11. S. 89 fgg.). — S. auch *Jo. van de* Water observ. jur. Rom. Lib. III. c. 11. a. E.

1) S. z. B. L. 9. D. *de manumiss.* (XL. 1.) L. 2. C. *qui non poss. ad libert. pervenire.* (VII. 12.).

durch indessen die Regel des Julianus eben so wenig getroffen werde, wie durch die Adnotation des Marcellus [2]).

Bei der Einsetzung eines servus alienus kommt mithin die Person des Herrn in Betracht, weil der Sclave keine selbstständige Persönlichkeit hat, weshalb denn auch der Herr durch ihn erwirbt. In aller übrigen Beziehung wird er selbst als das eigentlich berechtigte Subject behandelt, weshalb er denn auch die Erbschaft für sich erwirbt, wenn sie dem Herrn noch nicht erworben ist. Denn ihm, nicht aber dem Herrn ist das Recht deferirt; daher kann es denn auch nicht theilweise ihm, theilweise dem Herrn erworben werden, sondern entweder dem

2) S. besonders *Jac.* Cujacius ad h. l. in Lib. X. Quaest. Pauli in f. (ed. Neapol. T. V. p. 1074.). *Jac.* Gothofredus in den animadversiones jur. civ. cap. XIX. (bei Otto thes. jur. Rom. T. III. p. 316—318.) Pothier Pand. Justin. ad tit. *de legat.* Nr. 136. Not. a. T. II. p. 297. — Der eigentliche Sinn der Gegenbemerkung des Paulus ist daher ganz verfehlt, wenn man annimmt, es sei bei der adnotatio Marcelli ein *non* ausgefallen, also es müsse gelesen werden: *non posse legari servo.* S. *Petr.* Perrenonius animadv. et variar. lection. Lib. II. cap. XIX. (bei Otto thes. T. II. B. p. 649 sq.). S. dagegen *Joh.* Stekii vindicat. leg. anticrit. cap. XIX. (bei Otto T. I. p. 530 fg.). Tydeman l. l. §. 12. p. 93 sq. nimmt übrigens die Bemerkung des Marcellus in Schutz, indem er meint: wenn man einen Sclaven etwas so vermachen dürfe, daß das Vermächtniß nur für die Dauer der Sclaverei bestehe, so sei die Regel des Julianus allerdings etwas zu allgemein gefaßt; doch gesteht er selbst, daß die Regel auf jenen Fall eigentlich gar nicht gehe, giebt also die Richtigkeit ihrer Fassung dadurch wieder zu.

Herrn allein, wenn beim Erwerb das herrschaftliche Verhältniß noch bestand, oder ihm allein, wenn es damals schon aufgelöst war. Wäre er nun auf einen Theil pure, auf einen anderen unter einer Bedingung eingesetzt und durch ihn der unbedingte Theil dem Herrn erworben, die Bedingung aber nach der Freiheitsertheilung eingetreten, so müßte entweder der Herr, oder der ehemalige servus Alles erhalten. Jenes aber ist juristisch unmöglich, da der Freigewordene nicht mehr als servus seinem ehemaligen Herrn erwerben kann. Es wird daher der theilweise eingetretene Erwerb als gar nicht erfolgt angesehen und der ehemalige Sclave, als eigentlicher Erbe, erhält das Ganze: „Item si servus meus (heißt es bei Paulus in dem fünften Buche seines Commentars zur Lex Julia et Papia) ex parte heres institutus sit pure, ex parte sub conditione, dato scil. coherede [3]), et jussu meo adierit, deinde eo manumisso conditio alterius portionis extiterit: verius est, non mihi esse adquisitam illam portionem, sed ipsum comitari; omnia enim paria permanere debent in id tempus, quo alterius portionis conditio extet, ut adquiratur ei, cui prior portio acquisita est“ [4]). —

3) Wäre nämlich überall kein Miterbe eingesetzt, oder für den bedingten Theil Niemand substituirt, so würde die Bedingung als gar nicht vorhanden angesehen werden müssen (L. 52. §. 1. D. *de acq. vel om. her.* XXIX. 2. L. 4. §. 1. D. *h. t.*), weil Niemand da ist, welcher die Caution von dem unter einer Bedingung eingesetzten Erben fordern könnte (L. 7. in f. D. *de cond. et dem.* XXXV. 1). — Pothier Pand. Justin. Tit. *de a. v. o. h.* Nr. 66. Not. l. (T. II. p. 242.).

4) L. 80. §. 2. D. *de acq. vel om. her.* — Der Jurist bemerkt dazu noch in dem folgenden §. (3.): „Ego qui-

Consequenterweise muß ein Gleiches auch alsdann angenommen werden, wenn der Sclave neben einem Anderen eingesetzt, seinem Miterben aber substituirt ist und nun der Substitutionsfall nach der Manumission eintritt; denn dieser Fall ist dem ganz gleich, wenn die Einsetzung für einen Theil pure, für einen anderen bedingt erfolgt ist[5]). Indessen nimmt man häufig an, daß Ulpian das Gegentheil bestimme, wenn er sagt: „Si quis heres institutus ex parte, mox Titio substitutus, antequam ex causa substitutionis ei deferatur hereditas, pro herede gesserit: erit heres ex causa quoque substitutionis, quoniam invito quoque ei accrescat portio. Idem dico, *et si filiusfamilias vel servus jussu domini vel patris adierint hereditatem, mox emancipatus, vel manumissus, ex causa substitutionis adeant*; erunt namque heredes; sunt enim appendices praecedentis institutionis“ [6]). — Cujacius geht ohne Weiters davon aus, daß die Worte: erunt namque heredes auf den Herrn oder Vater zu

dem puto, et si adhuc in potestate sit, iterum adeundum esse, si conditio extiterit: et illud, quod dicimus semel adeundum, in ejusdem persona locum habet, non cum per alium adquirenda est hereditas.“ Also selbst in dem Falle, wenn das Verhältniß des Sclaven sich nicht geändert hat, bedarf es einer neuen Antretung beim Eintritt der Bedingung, da sich aus dieser erst ergiebt, wer die Erbschaft bekommt; durch die zweite Antretung erhält mithin die frühere erst rechtliche Bedeutung und Wirkung.

5) L. 1. §. 13. D. *de leg. Falcid.* (XXXV. 2.). — „Is enim similis est heredi ex parte pure ex parte sub conditione heredi instituto.“

6) L. 35. pr. D. *de acq. vel omitt. her.*

beziehen ſeien, und ſetzt den Unterſchied zwiſchen der Entſcheidung in L. 80. §. 2. *de acq. her.* und der eben angeführten Stelle darin, daß Subſtitution eines Miterben die Wirkung des geſetzlichen Anwachſungsrechts habe, alſo der wegfallende Theil ipso jure dem bereits erworbenen hinzutrete [7]). Andere glauben zwar ebenfalls, daß nach der Entſcheidung Ulpians der aus der Subſtitution anfallende Theil dem Herrn oder Vater zukomme, nehmen aber eine Antinomie zwiſchen beiden Stellen an, da dem Prinzip nach beide Fälle auf gleiche Art hätten entſchieden werden müſſen [8]). Allerdings iſt der Ausdruck unſerer Stelle von der Art, daß er ſehr leicht gemisdeutet werden kann, nämlich wegen der Vergleichung der Subſtitution und des Anwachſungsrechts, welche doch nicht in allen Stücken gleiche Wirkung haben. Das Letztere iſt eine ſo unbedingte Folge des früheren Erwerbes, daß es ſogar noch nach dem Tode

7) Observat. Lib. XII. c. 14. — Ihm ſtimmen bei *Thom.* Papillonius de substitutione pupillari Cap. V. (bei Otto thes. T. IV. p. 733.) und de jure accrescendi (ebendaſ. p. 783.), ferner Hunger in der deutſchen Ueberſetzung des corp. jur. civ. Bd. III. S. 154. Note 117.

8) So *Cl.* Chifletius de successionib. cap. IV. gegen d. E. (bei Otto thes. T. V. p. 682. in f. sq.). Ferner *Fr. Mars.* Gordonius in den praetermiss. jur. civil. cap. XVIII. (bei Otto T. II. p. 890 sq.) — Die Accurſiſche Gloſſe (Gl. *erunt namque heredes* ad L. 35. cit.) nimmt zwar an, daß die Worte auf den Sclaven oder Hausſohn gehen, will aber dabei ſubintelligirt wiſſen: ubi non adierunt; alſo, wenn vorher noch überall keine Antretung erfolgt ſei, ſo gehöre die ganze Erbſchaft jetzt der ehemaligen hausunterthänigen Perſon. Indeſſen paßt dies ja in keiner Hinſicht zu dem Zuſammenhange!

dessen wirkt, dem der Theil seines Miterben anfällt, so daß man eigentlich sagen kann, es sei der bereits erworbene Erbtheil selbst, welcher den anderen nach sich ziehe [8]). Anders verhält es sich mit dem Substitutionsfall; der Substitut muß den ihm vorgesetzten Erben überleben, gleichviel ob er Miterbe desselben ist, oder nicht [9]). Darin aber sind beide Rechte sich gleich, daß der Miterbe, welcher seinen Theil erworben hat, den ihm aus der Substitution zuwachsenden Theil eben so wenig ausschlagen darf, als den, welchen er durch das gesetzliche jus accrescendi erhält [10]). Dies und nichts Anderes sagt Ulpian in dem Vordersatze; es folgt also daraus keineswegs mit Nothwendigkeit, daß dem Hausherrn die Erbschaft

8) L. 9. D. *de suis et legit. heredib.* (XXXVIII. 16). L. 53. §. 1. D. *de acq. vel om. her.*

9) L. 9. in f. D. *de suis et legit.* — — „Alia causa est instituti heredis et coheredis substituti; huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem ejus sequitur.“ — L. 81. D. *de acq. vel om. her.* (s. die folg. Note).

10) Ohne allen Grund nimmt das Gegentheil an Höpfner im Commentar §. 501. Note 1. Nr. b. Es fand sogar in einem solchen Fall ohne eine neue Erwerbshandlung die Erwerbung des zufallenden Theils Statt: L. 81. D. *de acq. vel omitt. her.* „Totiens *videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adiisse*, quotiens adquirere sibi possit; nam si mortuus esset, ad heredem non transfert substitutionem.“ S. Heineccius in comment. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. III. cap. VI. §. 2. p. 406. — War eine hausunterthänige Person eingesetzt und zugleich dem Miterben substituirt, so bedurfte es freilich nach dem oben (Note 4.) erwähnten Grundsatze einer neuen Antretungshandlung.

gebühre, wenn der Substitutionsfall erst eintritt, nachdem der eingesetzte Erbe von der Gewalt frei geworden ist, vielmehr führt der Ausdruck geradezu auf das Gegentheil. Die Stelle löst sich nämlich in folgende Sätze auf: 1) Wer Erbe für seinen Theil geworden ist, erhält auch von selbst den wegfallenden Theil seines Miterben, dem er substituirt wurde, indem dieser ihm ja auch von selbst zugewachsen seyn würde. 2) Ein Gleiches gilt auch von dem Sclaven und dem Haussohn, welche den ihnen als Miterben angefallenen Theil jussu patris vel domini angetreten haben, wenn nun der Substitutionsfall nach der Befreiung von der Gewalt eintritt: d. h. diese sind nun Erben des Ganzen, indem ja mit der Substitution die Einsetzung erst beginnt. So erhalhalten denn die Worte: erunt namque heredes nicht nur den natürlichen Sinn, welcher ihnen dem ganzen Zusammenhange nach zukommt, sondern es stimmt nunmehr die Entscheidung Ulpians auch mit den allgemeinen Rechtsprinzipien vollkommen überein. Daß hier nichts von der Nothwendigkeit einer neuen Erwerbshandlung gesagt ist (s. oben die Note 4.), steht dieser Erklärung nicht entgegen; es fragt sich nur: Wer erwirbt hier? und die Antwort ist: der ehemalige Haussohn oder Sclave; denn dieser (nicht der Hausherr) ist eingesetzt, — er also erwirbt, wenngleich durch ihn, so lange er der Gewalt unterworfen ist, der Hausherr; so schließt sich also auch hier das Recht eines Miterben, aus der Substitution zu erwerben, an seine Institution an, mithin ist dem vormaligen Hausherrn nach dem Grundsatze der unzertrennlichen Einheit eines solchen Erbschaftserwerbes überall nichts erworben [12]). Von diesem Grundsatze enthält es

12) Dem Resultate nach (jedoch ohne Gründe anzuführen) ver-

aber auch keine Abweichung, wenn Javolenus schreibt: werde ein Mehreren gemeinschaftlicher Sclave (von einem Dritten) zum Erben eingesetzt und er trete auf des Einen Befehl die Erbschaft an, werde darauf aber manumittirt, so könne er die andere Hälfte der Erbschaft für sich selbst erwerben [13]). Hierbei kommt nämlich das Prinzip zur Anwendung: „Communis servus duorum servorum personam sustinet“ [14]), nämlich in Beziehung auf die Fälle, wo der Erwerb nicht auf beide Herrn bezogen werden konnte [15]). Dies ist namentlich der Fall, wenn nur jussu domini erworben werden konnte, also insonderheit auch bei einer dem Sclaven deferirten Erbschaft. Hier erwarb der Sclave nur dem, von welchem der Auftrag ausgieng, also einem Jeden besonders, geradeso, wie wenn zwei Sclaven verschiedener Herren eingesetzt wären. Würde in einem solchen Falle der eine seinem Herrn erworben haben, der Andere aber vor dem Erwerbe manumittirt seyn, so könnte dieser die Hälfte der Erbschaft, wie jeder Miterbe, erhalten. So verhält es sich denn auch hier [16]).

theidigt dieselbe Ansicht Pothier Pand. Justin. ad tit. de acq. her. Nr. 67. Note b. (T. II. p. 243.).

13) L. 64, D. *de acq. her.* „Servus duorum heres institutus et adire jussus, si alterius domini jussu adierit, deinde manumissus fuerit, poterit ipse adeundo ex parte dimidia heres esse.“

14) L. 1. §. 4. D. *de stipul. servor.* (XLV. 3.).

15) Denn m. s. L. 4. D. *de stipul. servor.* — Vgl. *A.* Schulting in not. ad Paulli sent. rec. Lib. III. Tit. VI. §. 4. Note 9. in der jurisprud. Vet. antejust. p. 355.

16) Diese Gründe finden sich schon in der Accursischen Glosse

Also der Sclave selbst ist eingesetzt, er erwirbt und durch ihn der Herr. Daraus folgt denn auch, daß, wenn von der Antretung der Sclave stirbt, alles Recht aus der Einsetzung wegfällt [17]). Dagegen muß aber der durch den Sclaven erfolgte Erwerb eben so vollständige Wirkungen haben, wie der eines freien Erben, weshalb denn auch, wenn der Sclave Miterben hat, ein Anwachsungsrecht für denselben (also für seinen Herrn) Statt findet. Dies Anwachsungsrecht kann natürlich auch dadurch nicht ausgeschlossen seyn, daß der Herr selbst zum Miterben eingesetzt ist; wäre dies daher unter einer Bedingung geschehen und diese würde nicht eintreten, so müßte dennoch der Herr durch das ihm zu Gute kommende jus accrescendi das Ganze erwerben [18]).

sehr gut entwickelt; s. Gl. *dimidia* ad L. 64. D. de acq. her.

17) L. 63. pr. in f. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2.).

18) In der L. 35. §. 1. D. *de acq. vel om. her.* sagt Ulpian: „Si exclusus per conditionem sibi datam pater filium jussit adire, dicendum erit, eum non quaesiisse suam portionem.“ Der Hausherr oder Vater hat also seinen eignen Erbtheil nicht erworben; allein das hindert ja nicht den Erwerb durch eine hausunterthänige Person, welcher hier nothwendig der defizirende Theil anfallen muß. In der Accursischen Glosse finden sich mehrere Meinungen über diese Stelle angeführt, gebilligt ist aber die richtige, mit folgenden Worten: „sed bene sibi adquirit ex persona servi jure accrescendi, quasi accreverit ipsi servo, ne alioquin inveniatur pro parte testatus et pro parte intestatus.“ (Gl. *dicendum erit* ad h. l.). Indessen erklärt ein neuerer Schriftsteller die Stelle so: Wenn die hausunterthänige Person pure, der Hausherr aber unter einer Bedingung

Eine hereditas jacens kann nicht zur Erbin eingesetzt werden, da sie ihre Persönlichkeit lediglich durch den Verstorbenen hat [19]), und die Einsetzung eines Menschen nach seinem Tode unzulässig ist. Dennoch wurde die Erbeseinsetzung eines erbschaftlichen (d. h. eines nicht zum eignen Vermögen des Testirers, sondern zu einer fremden Erbschaft gehörigen) Sclaven für möglich gehalten, und zwar gerade aus dem Grunde, daß die Erbschaft sel-

eingesetzt sei, diese aber nicht eintrete, so könne auch der Sclave oder Hausſohn nicht wirksam antreten, da beider Einsetzung gleichsam eine und dieselbe sei, nur daß die des Hausherrn als die überwiegendere allein berücksichtigt werde (M. S. Mayer das Recht der Anwachsung. Tüb. 1835. S. 26. fg.). Wie aber dies daraus folgen soll, daß gesagt wird: der Hausherr erwerbe seinen Theil als Miterbe nicht, sehe ich nicht ein. Auch erhält diese Meinung dadurch keine Unterstützung, daß es heißt: wenn der Hausherr und eine seiner Gewalt unterworfene Person gemeinschaftlich eingesetzt seien, so begründe der Auftrag an die letztere, die Erbschaft anzutreten, für den Hausherrn einen Erwerb seines Erbtheils. (L. 26. D. *de acq. her.* „Si ego et servus meus vel filius heres institutus sit, si jussero filio vel servo adire, statim et ex mea institutione me heredem esse, Pomponius scribit.“ Mayer a. a. O. S. 27.). Dies erklärt sich lediglich daraus, daß zu einer wirksamen Erbschaftsantretung nur eine bestimmte Willensäusserung, Erbe werden zu wollen, erforderlich ist; daß aber der Hausherr und die unter seiner Gewalt stehenden Personen bei einer gemeinschaftlichen Erbeseinsetzung für eine Person zu halten seien, ist dadurch keineswegs anerkannt. Aus diesem Gesichtspunct wird denn auch von Anderen diese Stelle erklärt. S. Pothier ad Tit. *de acq. vel om. her.* Nr. XIII. (T. II. p. 233 A.).

19) Pr. I. *de stipul. serv.* („Hereditas — — personae defuncti vicem sustinet“).

der als Herrn anzusehen sei: und den Verstorbenen repräsentire. §. 2. I. *h. t.* „Servus etiam alienus post domini mortem [20]) recte heres instituitur, quia et cum hereditariis servis testamentifactio est. Nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti [21]), cum etiam eius, qui in utero est, servus recte heres instituatur [22]). Also die Einsetzung eines schon Verstorbenen ist juristisch

20) Das heißt hier nicht: es kann nach dem Tode des Herrn ein Testament errichtet werden, worin dessen Sclave eingesetzt wird (denn dies gerade ist die Einsetzung eines hereditarius servus, wovon die Stelle erst später spricht), sondern: die Einsetzung kann so erfolgen, daß der Sclave nach dem Tode seines Herrn Erbe seyn solle. S. Theophilus in der Paraphrase zu dieser Stelle. Vgl. *Ed.* Schrader in not. ad eund. loc.

21) Die Erbfähigkeit des Erben selbst kommt dabei also nicht in Betracht; L. 52. D. *h. t.* „Servus hereditarius heres institui potest, si modo testamentifactio fuit cum defuncto, *licet cum herede instituto non sit.*“ Zwar heißt es von der hereditas jacens: heredis personam sustinet (L. 24. in f. D. *de novat.* XLVI. 2.). Allein dies bezieht sich lediglich darauf, daß der Erbe, wenn er die Erbschaft erwirbt, auch Alles erhält, was inzwischen hinzugekommen ist, wie wenn die Erbschaft schon bei dem Tode des Verstorbenen zu seinem Vermögen gehört hätte. Ist also der eingesetzte Erbe nicht testamentsfähig, so kann nur Er nicht erwerben, die inzwischen hinzugekommenen Rechte, mithin auch die testamentarischen Zuwendungen für einen erbschaftlichen Sclaven werden Dem erworben, welcher die Erbschaft wirklich erhält.

22) Daß noch Ungeborne keine Menschenrechte haben (L. 9. in f. D. *ad Leg. Falcid.* XXXV. 2.), folglich auch nicht

uriſtiſch unmöglich, und nichtsdeſtoweniger wird hier die Erbeseinſetzung aus der Perſon des Verſtorbenen aufrecht erhalten. Offenbar wirkte hier aber ein anderer Grund mit ein, nämlich die Rückſicht auf die eigne, wenngleich unvollſtändige Perſönlichkeit des servus, welcher ja möglicherweiſe für ſich ſelbſt erwerben konnte und jedenfalls perſönlich antreten mußte, damit dem Herrn erworben werden könne [23]). Allerdings mußte der Verſtorbene die active Teſtamentsfähigkeit haben, damit ein zu ſeiner Erbſchaft gehörige Sclave giltig honorirt werden könne [24]); allein in aller ſonſtigen Beziehung kam deſſen Perſönlichkeit nicht in Betracht, und eben ſo wenig die des künftigen Erben. Daher wurde denn auch der (ipso jure eintretende) Erwerb eines Vermächtniſſes für die Erbſchaft ſelbſt verwirklicht, zu welcher ein honorirter Sclave gehörte, wenngleich dem eingeſetzten Erben die Erwerbfähigkeit fehlte [25]).

nicht einſetzungsfähig ſeien, wird trotz aller Modificationen doch noch von den Röm. Juriſten als Regel angenommen. Darum iſt das Argument nicht unpaſſend. Uebrigens entlehnt Javolenus, gerade umgekehrt, für die Einſetzungsfähigkeit des Sclaven eines noch nicht gebornen Menſchen einen Beweisgrund daraus, daß ein erbſchaftlicher Sclave eingeſetzt werden könne, „quamvis is testamenti facti tempore nullius sit;“ L. 64. D. *h. t.*

23) Darum heißt es in der angeführten Inſtitutionenſtelle auch geradezu: „et cum hereditariis servis testamentifactio est.

24) L. 31. §. 1. L. 52. D. *h. t.*

25) L. 55. §. 1. D. *de leg.* II. „Si eo herede instituto, qui vel nihil vel non totum capere potest, servo hereditario legatum fuerit, tractantibus nobis de capacitate, videndum est, utrum heredis

Die Testamentsfähigkeit fremder oder erbschaftlicher Sclaven ist also zwar ein Ausfluß der Persönlichkeit des Herrn oder Erblassers; aber nur insoferne, als dem Sclaven das commercium fehlte, mithin seine Einsetzung als selbstständige Person juristisch nicht möglich war. — Wor-

an defuncti persona, an heutrius spectari debeat? Et post multas varietates placet, ut, quia nullus est dominus, in cujus persona de capacitate quaeri possit, sine ullo impedimento adquiratur legatum hereditati, atque ob id omnimodo ad eum pertineat, quicunque postea heres exstiterit.“ — Also wenn ein incapax eingesetzt, einem zu der Erbschaft gehörigen Sclaven aber von einem Dritten ein Vermächtniß hinterlassen ist, so wird dies von der Erbschaft oder dem künftigen Erben erworben. Wie man auf die von Cujas erwähnten Zweifel kam, ist leicht einzusehen. Von den hier verworfenen Meinungen hatte die noch das meiste für sich, wonach die Capazitas der Lex Jul. et Papia Poppaea (denn diese ist hier gemeint) eben so wie die testamentifactio aus der Person des Erblassers zu beurtheilen sei. Ganz ausser Zweifel ist es übrigens, daß unter dem Erblasser (defunctus) nicht derjenige verstanden werden dürfe, von welchem das Vermächtniß herrührt, sondern der ehemalige Herr des Sclaven, also der, welcher den incapax eingesetzt hatte. Wenn in der deutschen Uebersetzung des Corp. jur. civil. (Bd. III. S. 304. Note 61). das Gegentheil angenommen wird, so beruht dies auf ungenauer Erwägung des Rechtsverhältnisses. Eine im Ganzen richtige Erklärung der Stelle findet sich bei *C. Fr.* Zepernick diatr. de judicatis centumviralibus §. 24., hinter seiner Ausg. von Siccama de judicio centumvirali p. 414 — 416. Daß hierbei an den Unterschied zwischen capacitas und testamentifactio nicht gedacht ist, kann man gerne auf sich beruhen lassen, da hier nichts darauf ankommt.

aus erklärt sich nun aber die Möglichkeit, den eignen Sclaven einzusetzen? Aus der Testamentsfähigkeit des Erblassers gewiß nicht, da Jemand nicht sich selbst zum Erben einsetzen, folglich auch nicht gesagt werden kann, es entlehne der Sclave die Fähigkeit, im Testamente seines Herrn honorirt zu werden, von diesem selbst. Hübner[26] ist der Meinung, daß dies eine Folge der Befugniß sei, einen Erbunfähigen unter der Bedingung künftiger Fähigkeit einzusetzen; darum habe der eigne Sclave auch nur cum libertate eingesetzt werden können, was nichts anderes sei, als eine Einsetzung auf den Fall der künftigen Fähigkeit[27]. Allein dieser Erklärung tritt insonderheit der Umstand entgegen: daß die Regel: in tempus capiendae hereditatis institui heredem posse[28], wenigstens ihrer ursprünglichen Bedeutung nach, überall nicht auf Erbfähigkeit, sondern nur auf die capacitas gieng (s. oben S. 147.), folglich ist die früher Statt findende Nothwendigkeit, den eignen Sclaven cum libertate einzusetzen, auch daraus nicht abzuleiten. Ja es ist damit unmöglich zu vereinigen, daß der Einsetzung des eignen Sclaven nicht die Bedingung, wenn er frei werden würde, hinzugefügt werden durfte[29], indem man hiernach vielmehr das Gegentheil annehmen müßte. Ohnehin soll sich ja nach dem neuesten Rechte die Freiheitsertheilung des eingesetzten eignen Sclaven immer von selbst verstehen, und doch ist man darüber einverstanden, daß

26) *C. G.* Hübner disput. jur. civil. (Jen. 1806.) Cap. VIII. p. 92.

27) Hübner l. l. p. 96 sqq.

28) L. 62. pr. D. *h. t.*

29) L. 21. 22. D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7.).

die Bedingung künftiger Erbfähigkeit im Testamente ausgedrückt werden müsse. Wir müssen uns also nach einem andern Fundamente hiefür umsehen, und dies glaube ich darin zu finden. — Der eingesetzte Sclave wird in dem Moment frei, wo der Erblasser mit Tode abgeht. Derselbe Grund also, welcher die Fassung der (freilich nur auf Vermächtnisse gehenden) Catonianischen Regel [30]) veranlaßte, wirkte auch hier ein: wenn die Erwerbfähigkeit vorhanden ist, falls der Erblasser in dem Augenblicke des errichteten Testaments mit Tode abgeht, so darf auch der Zeitpunct des errichteten Testaments und der des Anfalls der Erbschaft nicht unterschieden werden. An sich ist dies auf jede Erbeseinsetzung anzuwenden. Nur versteht es sich bei der Einsetzung eines Erbfähigen von selbst, daß es nicht nöthig ist, einen zweiten Zeitpunct zu unterscheiden, wenn der Testirer in dem Moment des vollendeten Testamentsacts stirbt, in welchem Falle blos noch nöthig ist, daß der Erbe die Erbfähigkeit bis zum Erwerbe behalte. Die Einsetzung des eignen Sclaven aber hat das Eigenthümliche, daß der Erbe durch den Tod des Erblassers fähig wird, und da er die Erbschaft als necessarius heres ipso jure erwirbt, so kann von einem anderen Zeitpunct hier überall nicht die Rede seyn: es besteht mithin diese Einsetzung ganz aus der Person des eingesetzten Sclaven selbst. Hiermit läßt sich denn auch die Vorschrift in Verbindung setzen, daß, wenn der eigne Sclave gehörig eingesetzt ist, ihm in dem nämlichen Testamente (oder den dazu gehörigen Codizillen) die Frei-

30) L. 1. pr. D *de reg. Cat.* (XXXIV. 7.) — „quod si testamenti facti tempore decessisset testator inutile foret, id legatum quandocunque decesserit non valere.“

heit auch nicht wieder entzogen werden darf [31]). Die Freiheitsertheilung und die Einsetzung stehen hier miteinander in unzertrennlicher Verbindung: der Sclave würde frei seyn, wenn der Testirer gleich nach vollendetem Testamente mit Tode abgienge, er ist mithin als Freier eingesetzt, und die ademtio libertatis eine durchaus nichtssagende Handlung [32]).

Hauskinder hatten von jeher juristische Persönlichkeit, nur beschränkt durch den Einfluß der väterlichen Gewalt. Grund und Umfang dieser Beschränkung ergeben sich daraus, daß das Vermögensrecht sämmtlicher durch ein Gewaltverhältniß miteinander verbundener Hausgenossen sich in dem Familienvater, gleichsam dem Mittelpunct der häuslichen Gesellschaft, vereinigte [33]). Daher hatten Hauskinder kein selbstständiges Dispositionsrecht, folglich auch nicht die active Testamentifactio [34]) ihr Erwerb aber gehörte dem Vater, wie der eines Sclaven [35]). Die pas-

31) L. 13. §. 1. (2) D. *de liber. et post.* (XXVIII. 2.). „Regula est juris civilis, qua constitutum est, hereditatem adimi non posse, propter quam liber et heres esse jussus, quamvis dominus ademerit eodem testamento libertatem, nihilominus et libertatem et hereditatem habebit.“

32) Vgl. *Greg.* Majansii disp. de heredib. inst. (T. I. disp. XXXII.) §. 4. (p. 474 sq.) u. oben Bd. 36. d. Comment. S. 405—411., wo auch andere Interpretationen der in der vor. Note abgedruckten Stelle erwähnt sind.

33) Vgl. mein Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. III. §. 503.

34) L. 6. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1.). — S. Bd. 34. d. Comment. §. 1407 a. S. 97 fgg.

35) Gaji Inst. II. §. 87. Ulpiani Fragm. Tit. XIX. §. 18. 19.

sive Testamentifactio kam ihnen an sich eben so gut zu, wie völlig unabhängigen Personen [36]). Doch erwerben sie Erbschaften und Vermächtnisse, wie alles Uebrige, dem Hausvater, und dies ist der Grund, weshalb wir hier so häufig die Sclaven und die Hauskinder nebeneinander gestellt finden, indem auch sie jussu patris und für ihn erwerben [37]). Doch konnten sie auch ein ganz freies Vermögen haben, — ein Vermögen, wofür ihnen das Recht eines paterfamilias zustand, nämlich das peculium castrense und quasi castrense; in dieser Beziehung konnten sie frei durch Testament verfügen [38]) und auch ihr Erwerbsrecht durch Testament war unabhängig von väterlicher Gewalt [39]). Aber in gewissen Fällen gieng schon nach dem Pandektenrechte die Befugniß der Hauskinder, durch Testament zu erwerben, noch weiter. Der Vater mußte ein dereinst dem Kinde zu restituirendes Fideicommiß demselben sofort herausgeben, wenn er treulos handelte, d. h. das fideicommissarische Vermögen so administrirte, daß vorauszusehen war, das Kind werde ganz darum gebracht werden, falls nicht ein Einhalt geschehe [40]). Ferner wurde den Kindern eines wahnsinnigen Vaters die selbstständige Antretung einer ihnen angefallenen Erbschaft gestattet [41]). Unter den christlichen Kaisern wurde end-

36) L. 16. D. *qui test. fac. poss.* §. 4. I. *de hered. qual. et diff.*

37) S. z. B. die in der vorhergehenden Note angef. Stellen, auch L. 26. L. 35. L. 36. D. *h. t.*

38) Pr. I. *quib. non est permiss. fac. test.* — Siehe Bd. 34. d. Comment. S. 103 fgg.

39) L. 5. D. *de castr. pec.* (XLIX. 17.).

40) L. 50. D. *ad Sct. Trebell.* (XXXVI. 1.).

41) L. 52 pr. D. *de a. v. om. her.* (XXIX. 2.).

lich nach und nach bestimmt, daß aller Erwerb der Kinder, folglich auch die ihnen angefallenen Successionsrechte ihnen selbst zu Gute kommen sollten, der Vater aber nur den Niesbrauch in Anspruch nehmen dürfe [42]). Ueber die Art des Erwerbes bestimmte eine Constitution der Kaiser Theodos II. und Valentinian III. aus d. J. 426.; wenn einem Kinde unter 7 Jahren eine Erbschaft angefallen sei, so könne der Vater oder Grosvater, dessen Gewalt das Kind unterworfen sei, dieselbe in des Kindes Namen erwerben [43]); geschehe dies nicht, das Kind sterbe aber vor vollendetem siebenten Jahre, so gehe das Recht auf den Vater über [44]). Ein Kind über sieben Jahre aber trete die Erbschaft **consentiente patre** selbst an [45]); doch konnte schon nach dem früheren Rechte auch der Vater mit Bewilligung des Kindes die diesem angefallene Erbschaft antreten [46]). Justinian ordnete hiernächst an: wenn das Kind die Erbschaft nicht haben wolle, so könne der Vater dieselbe für sich erwerben, im entgegengesetzten Falle erwerbe das Kind mit Zustimmung des Vaters, verweigere dieser dieselbe, so werde sie durch die Obrigkeit supplirt, nur müsse für den Fall, wenn das Hauskind noch minderjährig sei, ein Curator zur Verwal-

42) S. die Titel des Th. Cod. *de matern. bon.* (VIII. 18.) u. des Justin. Codex ej. arg. (VI. 60.) und *de bonis quae lib.* (VI. 61.).

43) L. 1. pr. C. *de jure delib.* (VI. 30.).

44) L. 1. §. 1. C. *de jure delib.* — Es ist dies die von den Neueren s. g. transmissio ex capita infantiae. S. meine Pand. Bd. 3. §. 702. Nr. 3.

45) L. 18. §. 4. C. *de jure delib.*

46) L. 4. C. *de jure delib.* (aus d. J. 251.).

tung der Erbschaft erbeten werden [47]). Sei das Kind noch impubes, so könne der Vater auch ohne dessen Consens die Erbschaft antreten, jedoch werde das Kind nach beendigter väterlicher Gewalt oder erlangter Volljährigkeit gegen die Antretung restituirt, der Vater aber bleibe den erbschaftlichen Verbindlichkeiten unterworfen [48]).

Fragen wir nun nach der Bedeutung, welche die Bestimmungen des Pandektenrechts über Erbrechte eines Hauskindes hiernach noch haben können, so ist die Antwort darauf nicht eben schwierig: die den Hauskindern angefallenen Erbschaften werden (wenigstens der Substanz nach) diesen selbst, nicht dem Vater erworben. Doch sind diesem manche Rechte geblieben, welche er als Vater und kraft des ehemaligen Erwerbsrechts ausübt, nämlich a) die Befugniß in gewissen Fällen die dem Kinde angefallenen Erbschaften für sich zu erwerben [49]); b) das vä-

47) L. 8. pr. u. §. 1. D. *de bon. quae lib.* (VI. 61.).

48) L. 8. §. 6. C. *de bon. quae lib.*

49) Nämlich aus der s. g. transmissio ex capite infantiae (L. 18. pr. C. *de jure delib.*) und in dem Falle, wenn das Hauskind die Erbschaft nicht haben will (L. 8. pr. und §. 1. C. *de bonis quae lib.*). Daß das erstere Recht auch dem Vater in Ansehung der seinem emanzipirten Kinde angefallenen Erbschaft zugestanden sei, wird gewöhnlich angenommen, wegen der in L. 18. §. 3. in f. C. *de jure delib.* enthaltenen Bestimmung, die freilich eine andere Erklärung auch nicht wohl zuläßt (s. Marezoll in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. II. S. 59 fg. Nr. III. v. Buchholtz juristische Abhandlungen. Königsb. 1833. S. 69 fg. Nr. XIII.). Eine ähnliche Ausdehnung liegt in dem Rechte des Vaters, die dem Sohne angefallenen Erbschaften, welche zum castrense peculium desselben gehören würden, zu erwerben; L. 8. §. 2. C. *de bon.*

terliche Niesbrauchs-, Administrations- und Beaufsichtigungsrecht [49]), dessen Eigenthümlichkeiten durch den fortdauernden Einfluß der väterlichen Gewalt sehr gut erklärt werden [51]): der Vater ist frei von Cautionsleistung und

quae lib. Der Zusammenhang auch dieser Erwerbungen mit dem Erwerbrechte, welches dem Hausvater ehemals Kraft seiner väterlichen Gewalt zustand, braucht aber wohl nicht erst nachgewiesen zu werden. Mit den neueren Grundsätzen über Intestaterbfolgerecht hängt dies Alles übrigens nicht zusammen; es besteht noch neben der Nov. 118., da hier überall nicht von Beerbung eines Kindes, sondern von einem Erwerbsrecht jure patrio (wie es auch in L. 18. §. 1. C. *de jure delib.* heißt) die Rede ist. Vgl. v. Löhr im Arch. für civilist. Pr. Bd. II. Abh. XIV. Nr. 8. S. 197 fg.

50) So wird das Recht des Vaters an dem s. g. peculium adventitium der Hauskinder in den Quellen selbst bezeichnet. S. z. B. die L. 6. pr. C. *de bonis quae lib.* wo es heißt: das Hauskind solle nicht mehr das volle Recht dem Hausvater erwerben, sondern lediglich den Niesbrauch (usque ad usumfructum solum acquirat), „et — *ususfructus* — apud patrem, vel avum, vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat, *dominium* autem filiisfamilias inhaereat," — und bei Bestimmung des Anfangspuncts der gesetzlichen Hypothek an dem Vermögen des Vaters (ebendas. §. 4.): „initium *gerendae* vel *deserendae administrationis*, vel *observationis* esse spectandum, et non tempus, ex quo *male aliquid gestum fuerit*." Vgl. die folg. Note.

51) Das Gegentheil behauptet Marezoll in seinem Aufsatz: Revision der Lehre von den s. g. Adventitien, in der Zeitschr. für Civilr. und Prozeß Bd. VIII. Nr. II. VI. IX., und besonders das. S. 286—304. u. S. 362—388. Er nimmt an, daß hier von einem wahren Usufructusverhält-

förmlicher Rechnungsablegung [52]), er ist bei Veräusserun-

nisse des Vaters zu den Adventitien und von einem diesem correspondirenden Proprietätsverhältnisse des Hauskindes nicht die Rede sei, vielmehr der Ausdruck: ad usumfructum adquirere (s. die vor. Note) hier etwas ganz anderes bezeichne, als da, wo sonst im Gegensatze der Proprietät einer Person das Recht des Ususfructus an einer fremden Sache zugeschrieben werde. Nach ihm ist das Recht des Vaters an den Adventitien ein selbstständiges, seinem Umfange nach dem Eigenthume sehr nahe kommendes dingliches Recht, welches in dem Inbegriffe aller möglichen Besitz-, Nutzungs- und Dispositionsbefugnisse, mit einziger Ausnahme der Veräusserungsbefugniß bestehe. Das dem Hauskinde zugeschriebene Eigenthum erscheine als eine bloße, zur Sicherung seines künftigen Anspruchs auf das volle unbeschränkte Eigenthum zugesprochene Proprietät, die ausserdem vorerst noch gar keine Wirkungen äussere (S. 304.). — Nun hat es allerdings seine Richtigkeit, daß in einer Verordnung Constantins, wodurch das Recht der Adventition zuerst für die **bona materna** eingeführt wurde, nur bestimmt wurde: die mütterlichen Verlassenschaften sollten insoferne der Gewalt und dem Eigenthume der Väter unterworfen seyn („**ita sint in parentum potestate** *atque dominio*"), daß ihnen der Niesbrauch davan zustehe; die Veräusserung aber sei ihnen untersagt und dies Vermögen falle als ein Voraus (**praecipuum**) an die Kinder, wenn sie **sui juris** geworden seyen (**L. 1. Th. Cod.** *de matern. bon.* **VIII. 18.** Vgl. mit **L. 2.** *eod.*). Allein in der Folge wird geradezu das Eigenthum den Kindern zugeschrieben und das Recht des Vaters wesentlich auf einen Niesbrauch eingeschränkt. Schon in einer Constitution des Kaisers **Theodos II.** ist dies der Fall (**L. 2. C.** *de bon. quae lib.*, wo es geradezu heißt: *minime acquirit* **patri**), und in den Justinianischen Constitutionen wird es noch bestimmter ausgesprochen, daß an allen Erwerbungen der Hauskinder dem Vater nur der Usus-

gen nicht an obervormundschaftliche Zustimmung gebunden,

fruct, den Kindern aber das Eigenthum zustehe (L. 6. u. 8. C. *de bon. quae lib.*). Und was es vollends ausser Zweifel setzt, daß in den späteren Verordnungen nicht etwa nur der Ausdruck ungenau sei, sondern in der That das Rechtsverhältniß anders, wie bisher, bestimmt seyn sollte, ist der Umstand, daß die oben erwähnte Verordnung Constantins (die L. 1. Th. C. *de mat. bon.*) im Justinianischen Constitutionen-Codex interpolirt ist; hier heißt es nämlich: „ita sint in parentum potestate (mit Weglassung der Worte *atque dominio*), ut utendi fruendi duntaxat habeant in diem vitae facultatem, *dominio videlicet earum ad liberos pertinente.*“ Vgl. v. Löhr einige Bemerkungen zu der Lehre von den Peculien eines filiusfamilias; im Archiv für civilist. Praxis Bd. X. Abh. VII. S. 167. Note 15. — Daß der Vater gewissen Beschränkungen anderer Nutznieſſer oder Administratoren nicht unterworfen ist, ändert der Character seines Rechts im Wesentlichen überall nicht; nur muß man die Sache so nehmen, wie wir sie buchstäblich und der Sache nach in den Quellen dargestellt finden und nicht daraus, daß die Rechte des Vaters im Einzelnen über die Gränzen eines gewöhnlichen Nutznieſſers erweitert sind, andere Befugnisse desselben, und zuletzt gar einen ganz neuen Rechtsbegriff ableiten. Nirgends ist gesagt, daß der Vater die Rechte des körgerlichen Besitzes selbstständig ausübe, oder daß er alle möglichen Dispositionsbefugnisse habe, mit alleiniger Ausnahme des Veräusserungsrechts (was denn freilich an sich schon eine sehr wesentliche, das Recht zur Disposition fast aufhebende Beschränkung seyn würde), und daß der Vater die Adventitienprozesse stets ohne Consens des Hauskindes führen dürfe, ist eine Behauptung, die sich ganz gewiß in den Quellen viel eher widerlegt als bestätigt findet (s. unten die Note 55.). Endlich darf gegen die Marezollsche Ansicht auch wohl das noch erinnert werden: wird das Hauskind nicht schon an sich wahrer Eigenthü-

ſondern nur gewiſſen geſetzlichen Beſchränkungen unterworfen [53]), er führt in ſeinem Namen die das ſ. g. pe-

mer, ſondern hätte nur die Ausſicht auf das volle Eigenthumsrecht für den Fall der aufgelöſten potestas (Marezoll a. a. O. S. 407. a. E.), ſo würde ja folgen, daß das Vermögen bei dem Vater verbleibe, wenn das Kind vor Auflöſung des Gewaltverhältniſſes ſtirbt; denn ein Recht, welches man ſelber nicht hat, kann man auch auf Andere nicht vererben. Marezoll ſelbſt aber giebt zu, daß das Kind in Anſehung der bona adventitia wie ein unabhängiger Menſch beerbt werde. (S. 396. Vgl. unten Note 61.).

52) L. 8. §. 4. in f. C. *de bon. quae lib.* — „paterna reverentia eum excusante et a ratiociniis, et a cautionibus, *et ab omnibus aliis, quae ab usufructuariis extraneis exiguntur.*“ Auf den Grund dieſer letzteren Aeuſſerung hält man auch wohl den Vater nicht für verpflichtet, ein Inventarium zu errichten. (Vgl. Bd. XIV. d. Comment. S. 373.). Indeſſen iſt es jedenfalls ſehr bedenklich, wegen einer ſo im Allgemeinen hingeworfenen Aeuſſerung einer Conſtitution aus der neueſten Zeit den Vater von einer Pflicht zu entbinden, deren Unterlaſſung das Vermögen der Kinder ganz ſeiner Willkühr Preis geben würde, auch gewiß nicht aus dem Grunde gefolgert werden kann, weshalb dem Vater die förmliche Rechnungsablegung und Beſtellung einer Caution erlaſſen iſt. Dies verträgt ſich nämlich nicht allzuwohl mit der „reverentia paterna,“ wogegen die Errichtung eines Güterverzeichniſſes ſehr füglich damit beſtehen kann. S. *F. H.* Schroeder D. de inventarii confectione ei, cui omnium bonorum ususfructus relictus est, inutiliter remissa. Rost. 1810. §. 3.

53) L. 6. §. 2. L. 8. §. 4. 5. C. *de bon. quae lib.* Nov. 22. c. 23. 24. — S. Marezoll a. a. O. S. 398 fgg. (Nr. C.) vgl. mit S. 261—263. u. S. 362 fg. ebendaſ.

culium adventitium betreffenden Prozesse [54]), obgleich er dabei regelmäßig an die Zustimmung des mündigen Kindes gebunden ist [55]), und behält die Hälfte des Niesbrauchs, wenn die väterliche Gewalt durch Emanzipation aufgehoben ist [56]). Während der Dauer derselben darf das Hauskind auch weder unter Lebenden noch auf den Todesfall über das ihm erworbene Vermögen disponiren [57]), hat mithin weniger Rechte in Ansehung desse-

54) L. 1. C. *de bon. mat.* L. 8. pr. in f. u. §. 3. C. *de bon. quae lib.*

55) Nämlich nur alsdann nicht, wenn das Kind noch unmündig oder abwesend ist. — S. Bd. XIV. d. Comment. S. 372. Vgl. ebendas. Bd. VI. S. 466. Nr. b. — Auch hier erklärt sich Marezoll gegen die gemeine Meinung. Er will nämlich die L. 8. pr. u. §. 3. C. *de bon. quae lib.* nur von solchen Prozessen verstanden wissen, welche die Erwerbung der Adventitien betreffen, also in Beziehung auf den Erbschaftserwerb, von der hereditatis petitio, dem fam. ercisc. judicium, der querela inoff. testamenti u. a. Klagen; (a. a. O. S. 372—388.). Indessen sagt Justinian ja ganz allgemein: wenn das Recht erworben sei, so solle das Kind als Eigenthümer angesehen werden, der Vater auf den Niesbrauch beschränkt seyn und dem Kinde in Prozessen Beistand leisten müssen, in der Regel aber nicht ohne dessen Zustimmung sich in Prozesse einlassen dürfen. Es ist mithin ganz willkührlich, hier zwischen Prozessen, welche den Erwerb und welche das bereits erworbene Vermögen betreffen, zu unterscheiden.

56) L. 6. §. 3. C. *de bon. quae lib.*

57) L. 8. §. 5. C. *de bon. quae lib.* — Testiren darf das Hauskind nicht einmal mit Bewilligung des Vaters. S. die eben angeführte Stelle u. L. 11. C. *qui test. fac. poss.* (VI. 22.). Pr. I. *quib. non est permiss. fac.*

den, wie ein unter Vormundschaft stehender Mensch [58]), ungeachtet der Vater in Beziehung auf die ihm obliegende Pflicht der Verwaltung und Bewahrung des Kinderguts ähnlich wie ein Vormund verbindlich ist [59]), auch nicht mehr das Recht hat, nach dem Tode des Kindes das Vermögen jure peculii an sich zu ziehen [60]); das Kind

test. — Hierüber, so wie über die Modificationen dieses Rechts s. Bd. 34. d. Comment. §. 1407 a. S. 97 — 147.

58) Unmündige konnten zwar ebenfalls nicht testiren (§. I. *quib. non est permiss. fac. test.*), allein nicht weil sie unter einem tutor standen, — denn sonst hätten ja auch die unter Tutel stehenden Frauen nicht testiren dürfen, wovon wir aber das Gegentheil wissen (Gai inst. II. §. 112. 113. Ulpiani Fragm. Tit. XX. §. 15.), — sondern weil ihnen die dazu erforderliche Verstandesreife fehle, oder (wie die angeführte Institutionen-Stelle sagt), quia nullum eorum animi judicium est." Und daß Minderjährige nach eingetretener Mündigkeit, obgleich sie noch einer Curatel unterworfen sind, testiren können, ist bekannt.

59) L. 1. C. *de bonis maternis.* — Marezoll a. a. O. S. 389 fgg. will die hier sich findende Bestimmung, der Vater müsse omnem diligentiam prästiren, auf die materna bona einschränken. Indessen enthalten ja die späteren Constitutionen im Wesentlichen nur eine Ausdehnung des Rechts der materna bona auf allen Erwerb der Hauskinder. Auch verträgt sich die Erlassung förmlicher Rechnungsablegung sehr wohl mit der Verpflichtung zur Fleißanwendung, und wenn den Kindern wegen dessen, quod male gestum est eine stillschweigende Hypothek an dem Vermögen des Vaters gegeben wird (L. 6. in f. C. *de bon. quae lib.*), so versteht sich wohl von selbst, daß der Vater ordentlich, also diligenter, administriren müsse.

60) L. 3. C. *de bon. quae lib.*

vielmehr, gleich einem homo sui juris, ab intestato beerbt wird[61]). c) Bei der Erwerbung von Erbschaften sind Hauskinder regelmäßig an die Zustimmung des Vaters gebunden[62]). Ausfluß der väterlichen Gewalt ist auch dies, wie überhaupt das Vormundschaftsrecht des Vaters über das der Substanz nach eigenthümliche Vermögen der Hauskinder, und so haben denn die Pandektenstellen, wonach der filiusfamilias jussu patris eine ihm deferirte Erbschaft erwirbt, auch gegenwärtig noch practische Bedeutung; namentlich gilt dies von der Bestimmung: „sed si ex duobus filiis unum jusserit, debebit et alium filium jubere adire“[63]). Wenn also mehrere Hauskinder eingesetzt sind, so ist die Wirksamkeit des väterlichen Consenses dadurch bedingt, daß er für Alle erfolge; derselbe würde völlig wirkungslos seyn, wenn er sich auf das eine oder das andere der eingesetzten Kinder beschränkte, gerade so, wie wenn ein Erbe nur zur einen Hälfte die Erbschaft erwerben, die andere Hälfte ausschlagen wollte. Allein zur Antretung gezwungen werden,

61) L. 11. C. *comm. de successionib.* (VI. 59.). L. 3. u. 4. C. *de bon. quae lib.* L. 6. §. 1. eod. — Vgl. v. Löhr von der Succession in ein Peculium, in seinem und Grolmans Magaz. für Rechtsw. und Gesetzgebung Bd. IV. Abh. VII. S. 105 fgg. *C.* Witte disp. de luctuos. hereditatibus (*Vratisl.* 1824.) p. 9 — 14. Bd. 35. d. Comment. S. 192.

62) L. 8. pr. und §. 1. C. *de bon. quae lib.* (S. oben S. 230 fg.). — Vgl. Marezoll a. a. O. S. 383 fgg., welcher auch hier seine Ansicht über das Recht des Vaters an den bona adventitia geltend macht, indem er behauptet, daß der Vater und das Hauskind die Erbschaft zusammen erwerben, — Beide also antreten müssen.

63) L. 35. §. 2. D. *de acq. vel om. her.* (XXIX. 2.).

kann das Hauskind nicht mehr, wie zu der Zeit, wo der Vater noch durch daſſelbe erwarb [64]), und eben ſo wenig wird der ſelbſtſtändige Erwerb deſſelben dadurch gehindert, daß der Vater ſeine Zuſtimmung verweigert [65]). Würde daher in dem obigen Falle (wenn Mehrere eingeſetzt ſind) der Vater nur dem Einen ſeinen Conſens ertheilen wollen, ſo wäre dieſe Zuſtimmung bedeutungslos, jedes Kind würde indeſſen ſelbſtſtändig antreten können. Ein Gleiches gilt für den Fall, wenn Vater und Sohn gemeinſchaftlich eingeſetzt ſind; auch hier iſt an ſich noch die Zuſtimmung des Vaters für die Erbſchaftsantretung des Kindes erforderlich [66]), das Erwerbsrecht des letztern aber daran nicht unbedingt gebunden (Note 65.). Ferner enthält in einem ſolchen Falle der Auftrag für den Sohn zugleich einen Erwerb des dem Vater deferirten eignen Rechts [67]), indem hierin eine hinreichende Willenserklärung liegt, auch für ſich erwerben zu wollen, umgekehrt aber wird der Vater ausgeſchloſſen, wenn die ihm geſetzte Bedingung nicht eintritt [68]). Nur darf man nicht mehr annehmen, daß in dieſem Falle der Vater dennoch das Ganze durch die Antretung des Kindes erwerbe, vielmehr erwirbt dieſer nur das Ganze jure accrescendi für ſich ſelber. Wäre aber auch die Behauptung wahr, daß die Einſetzung eines Hausvaters und der ſeiner Gewalt

64) Dafür ſteht es dem Vater aber frei, für ſich ſelber zu erwerben, wenn das Hauskind die Erbſchaft nicht haben will; L. 1. pr. §. 1. 2. C. *de bon. quae lib.*

65) L. 1. §. 1. in f. C. *de bon. quae lib.*

66) L. 36. D. *de acq. vel om. her.*

67) L. 26. D. *eod.*

68) L. 35. §. 1. D. *eod.*

walt unterworfenen Personen wie die einer einzigen Person anzusehen seien, wobei ein Uebergewicht auf Seiten des Gewaltinhabers angenommen worden, so daß die Einsetzung der hausunterthänigen Person in der des Hausherrn gleichsam untergehe. — wäre es also wahr, daß die Antretung der hausunterthänigen Person nicht wirksam habe erfolgen können, wenn die des Hausherrn ungiltig oder unwirksam sei [69]); — so würde dies doch nicht mehr anwendbar seyn, da nach dem neueren Rechte den Hauskindern ihr Erbrecht durch den Vater nicht entzogen werden kann. Indessen gieng (wie oben ausgeführt wurde) der Einfluß der hausherrlichen Gewalt nie so weit; Hauskinder und Sclaven erwarben dem Hausherrn, im Uebrigen aber bestanden Beider Einsetzungen unabhängig von einander [70]).

69) S. Mayer das Anwachsungsrecht S. 26 fgg.

70) Die Ansicht, daß die Einsetzung eines Hausvaters und seiner Kinder wie die einer einzigen Person angesehen worden sei, so daß dieselbe nur durch den Rechtsbestand der auf den Vater sich beziehenden Einsetzung habe aufrecht erhalten werden können, wird auch keineswegs durch folgende Entscheidung Justinians unterstützt: der Testirer hätte gesagt: *Titius una cum filiis suis et Sempronius heredes mihi sunto.* Justinian entscheidet nun, die Erbschaft komme zur Hälfte an den Sempronius, zur Hälfte an den Titius mit seinen Kindern, „cum natura pater et filius eadem esse persona intelligantur.“ (*L. ult. C. de impub. et aliis subst.* VI. 26.). — Der Vater und seine Kinder konnten in diesem Falle zusammen nur eine Erbportion erhalten, weil sie conjuncti wären; Justinians Entscheidungsgrund ist daher weder nöthig, noch wahr. Um so weniger aber wird daraus gefolgert werden dürfen, daß die Giltigkeit und Wirksamkeit einer Erbeinsetzung der Hauskinder geradezu abhängig sei von der des Vaters.

§. 1438.

Die einzelnen Gründe der Erbunfähigkeit; I. die absoluten.

Bei der nachstehenden Darstellung der einzelnen Mängel und Hindernisse der passiven Testamentsfähigkeit folgen wir der gewöhnlichen Eintheilung derselben in absolute (eigentliche Unfähigkeitsgründe) und relative, die man füglicher aber als bloße Einschränkungen des Rechts zu erben bezeichnen sollte. Was nun die ersteren anbetrifft, so scheiden wir hier noch diejenigen aus, welche mit dem Grundsatze: incerta persona heres institui nequit in Verbindung stehen, indem diese ihrer Wichtigkeit, so wie ihres Zusammenhangs mit anderen Lehren wegen einer besonderen Erörterung bedürfen.

Nach Röm. Rechte (das auch hier natürlich die Grundlage dieser Darstellung bilden muß) waren ausgeschlossen:

1) Fremde [71]). Auch ist dies weder im neuesten Röm. Rechte aufgehoben, noch durch die Auth. *omnes* peregrini Cod. *commun. de successionib.* (VI. 59.), indem hier nur den Fremden freier Aufenthalt und das Recht, über ihr Vermögen durch Testament zu verfügen, zugestanden wird. Indessen für erbunfähig gelten die Fremden jetzt nicht mehr, obwohl ihr Erwerbsrecht auch in dieser Beziehung manchen Beschränkungen unterworfen zu seyn pflegt, wohin denn insonderheit der Abzug (Erbschaftssteuer oder Abschoß) gehört, welchem die ins Ausland gehenden Erbschaften und Vermächtnisse unterworfen sind [72]).

71) L. 6. §. 2. D. *h. t.* — Vgl. mit Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 6. u. Gaji inst. Lib. II. §. 285.

72) Preuß. Landr. Th. II. Tit. 17. §. 161 fgg. — Vgl. Eich-

2) Zum Tode Verurtheilte, so wie überhaupt diejenigen, welche zu einer Capitalstrafe verurtheilt sind, d. h. zu einer mit magna capitis deminutio verbundenen Strafe [73]). — Die Unfähigkeit der zum Tode oder zu einer Sclaverei Verurtheilten wird ausdrücklich der für sie eintretenden servitus poenae zugeschrieben [74]). Da nun die servitus poenae jetzt wegfällt [75]), so fällt damit denn auch dieser Unfähigkeitsgrund hinweg [76]), wenigstens soweit hierbei nur von Anwendung des Röm.

horn Einleit. in das deutsche Privatr. §. 78. (d. 4. Aufl.). Mittermaier Grundsätze des gem. deutschen Privatr. §. 102. d. 4. Aufl.

73) L. 13. pr. D. *de Bon. poss.* (XXXVII. 1.). L. 3. pr. u. §. 1. D. *de his, quae pro non scriptis habentur.* (XXXIV. 8.). L. 1. C. *de heredib. inst.* (VI. 24.).

74) L. 1. pr. D. *de his, quae pro non scriptis hab.* — „nam poenae servus est.“

75) S. oben S. 36. dieses Bandes u. die das. angef. Schr.

76) Hofacker princ. jur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1290. Note a. Günther princip. jur. priv. Rom. noviss. §. 735. Note b. — Die Gründe, weshalb oben (S. 38.) die Fortdauer der Testirunfähigkeit zum Tode Verurtheilter, wenigstens für den Fall noch angenommen wurde, wenn mit der Strafe eine Vermögensconfiscation verbunden ist, treten hier nicht ein. Denn ein Solcher verliert überhaupt die Dispositionsfähigkeit über das Seine, folglich darf er auch keine letztwilligen Verfügungen errichten; dagegen der Verlust der Erwerbfähigkeit war eine reine Folge der servitus poenae, kann mithin auch jetzt nicht weiter fortbestehen, wenngleich jeder Erwerb des Verurtheilten bis zur Realisirung der Confiscation dieser eben so gut, wie das bereits vorhandene Vermögen, unterworfen ist, — wie wenigstens consequenterweise angenommen werden darf.

Rechts die Rede iſt; (denn m. ſ. weiter unten den Text zu den Noten 79—83.). Von den Deportirten (alſo auch von den Exilirten) heißt es: „si heredes scribantur, tamquam peregrini capere non possunt [71]); hieraus ergiebt ſich denn, daß dieſe h. z. T. eben ſo wenig, wie Fremde überhaupt, für erbunfähig gehalten werden dürfen. Doch ſo lange die Reichsacht noch erkannt wurde und wirkſam war, konnte natürlich der dadurch für völlig rechtlos Erklärte auch nicht erbfähig ſeyn [72]). Auch kennen manche neuere Geſetze den bürgerlichen Tod, oder den Verluſt der Rechtsfähigkeit zur Strafe [79]), obgleich dieſer nicht immer aus den nämlichen Gründen eintritt. So wird derſelbe nach dem franzöſiſchen Rechte durch jede Verurtheilung zum natürlichen Tode, zur lebenslänglichen Zwangsarbeit und zur Deportation begründet [80]), nach dem öſterreichiſchen Strafrecht aus dem erſten Grunde, und durch Verurtheilung zu ſchwerem Kerker [81]), nach dem baierſchen blos durch Verurtheilung zur Kettenſtrafe [82]). Die Wirkung iſt ähnlich der mit der Röm. servitus poenae verknüpften, namentlich in Beziehung auf die Fähigkeit etwas zu erwerben, weshalb denn auch die Erbfähigkeit dadurch verloren geht [83]).

77) L. 1. C. h. t.

78) *Andr.* Gaill de pace publica Lib. II. cap. XII. Nr. 3. Lauterbach colleg theor. pract. Lib. XXVIII. Tit. II. et V. §. 8. Nr. 3.

79) Kleinſchrod über den bürgerlichen Tod als Criminalſtrafe, in dem neuen Archiv des Criminalrechts Bd. II. Abh. III.

80) Code penal art. 18. u. 23.

81) Geſetzbuch über Verbrechen §. 23.

82) Baierſches Strafgeſetzbuch Theil I. Art. 7.

83) Kleinſchrod a. a. O. §. 7.

3) Nach einer Verordnung des Kaisers Arcadius aus dem J. 397. [84]) ist nicht blos den Hochverräthern selbst, sondern auch deren Kindern die Erbfähigkeit entzogen. „Filii ejus (heißt es hier), quibus vitam imperatoria levitate concedimus, (paterno enim deberent perire supplicio, in quibus paterni, hoc est hereditarii criminis exempla metuuntur [85]), *a materna, vel avita, omnium etiam proximorum hereditate ac successione habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant*, sint perpetuo egentes et pauperes, infamia eos paterna semper comitetur, ad nullos prorsus honores, ad nulla sacramenta perveniant, sint postremo tales, ut his perpetua egestate sordentibus sit et mors solatium, et vita supplicium“ [86]). Nur die Töchter sollen aus der mütterlichen Verlassenschaft, möge die Mutter ein Testament errichtet haben, oder ab intestato beerbt werden, eine falcidia erhalten [87]), — buchstäblich also den

84) L. 5. C. *ad Leg. Jul. majest.* (IX. 8.), oder L. 3. Th. C. *ad Legem Cornel. de sicariis.* (IX. 14.).

85) Der Grund dieses unnatürlichen Gesetzes ist also die Befürchtung, daß die Kinder in die Fußstapfen des Vaters treten, seine verbrecherischen Gesinnungen gleichsam geerbt haben mögten; die Mittel dazu sollen ihnen also entzogen werden. S. die Accursische Glosse *in quibus* ad h. L. *Joh.* Brunnemann in comment. ad h. l. Nr. 14. Andere suchen ihn darin, daß die Kinder keine Mittel erhalten sollen, um den Tod ihres Vaters zu rächen (Ad. Carl Heinr. v. Hartitzsch das Erbrecht nach röm. und heut. Rechte §. 24. Nr. 3.). Indessen läßt sich diese Ansicht durch die Worte des Gesetzes gewiß nicht begründen.

86) L. 5. §. 1. C. *ad Leg. Jul. maj.*

87) L. 5. §. 3. C. *eod.*

vierten Theil, worunter indeſſen ohne Zweifel hier, wie in anderen Fällen, der Pflichttheil gemeint iſt [88]). Enkel ſind überall nicht genannt, weshalb denn ſämmtliche Ausleger auch mit Recht annehmen, daß ein ſo ſinguläres Geſetz auf ſie nicht anzuwenden ſei. — Ob nun die den Kindern des Verbrechers anfallenden Erbſchaften an die Inteſtaterben der Erblaſſer kommen, oder vom Fiscus vindizirt werden, iſt eine beſonders von den älteren Auslegern des Conſtitutionen-Codex lebhaft beſprochene Streitfrage. Viele nehmen das Letztere an [89]), richtiger iſt aber wohl die Anſicht, daß dem Fiscus die Inteſtaterben vergehen, indem ja die Kinder nicht eigentlich geſtraft oder für indigni erklärt, ſondern als unfähig ausgeſchloſſen werden [90]). — Manche behandeln auch dieſe Verordnung als noch geltend [91]), mit Recht wird aber von Anderen das Gegentheil angenommen [92]).

4) Für erbunfähig ſind ferner erklärt die Ketzer [93])

88) S. Brissonius de V. S. voce Falcidia §. 4. — S. auch Cujacii paratitla in Cod. ed. Neapol. T. II. p. 589. *Cypr. Regn. ab* Oosterga comment. in Cod. ad h. l.

89) S. z. B. Cynus u. Salicetus ad h. l. C.

90) *Ant.* Perez prael. in Cod. tit. ad leg. Jul. maj. Nr. 25.

91) So Brunnemann ad h. l. u. Lauterbach coll. th. pract. Lib. XXVIII. Tit. II. et V. §. 8. Nr. 6. Roßhirt Einleit. in das Erbrecht (Landsh. 1831.), S. 59. Nr. 3.

92) S. Perez l. l. Nr. 25. *Sim. a* Groenewegen Tr. de legib. abrog. et inusitat. ad h. l. Oosterga ad eund. l.

93) L. 5. C. *de haeret. et Manich.* (I. 5.), oder L. 65.

und Apostaten [94]). In der die ersteren betreffenden Constitution von Theodos II. wird eine große Reihe ketzerischer Secten aufgezählt, welche weder durch Schenkungen noch durch letztwillige Verfügungen erwerben sollen; in der Nov. 115. Cap. 3. §. 14. aber ist zuvörderst als Enterbungsursache die Abweichung des Notherben von den in den vier Hauptsynoden (der Nicänischen, Constantinopolitanischen, ersten Ephesinischen und Chalcedonischen) aufgestellten Dogmen genannt. Hiernächst heißt es: die früheren Gesetze gegen die Ketzer sollten in voller Kraft bleiben und testamentarische Verfügungen zum Vortheile Derer, welche sich von dem katholischen Glauben getrennt hätten, überall nicht gelten. Es leidet mithin keinen Zweifel, daß nicht blos einzelne Arten der Ketzer ausgeschlossen seyn sollen, sondern alle und jede, welche nach den Grundsätzen der orthodoxen Kirche als haeretici betrachtet werden müssen [95]). Auch ist ihnen nicht etwa nur die

Th. C. *de haeret.* (XVI. 5.). Vgl. Nov. 115. C. 3. §. 14. C. 3. §. 8.

94) L. 3. C. *de apostat.* (I. 7.), oder L. 4. Th. *de apostat.* (XVI. 7.).

95) v. Buchholtz in seiner Abh. Wem ist zur Strafe die testamentifactio entzogen und Wer ist intestabilis? (in dessen jur. Abh. Nr. V.) sucht auszuführen, daß nicht alle Ketzer, sondern nur die Manichäer und Donatisten für unfähig zur Errichtung eines Testaments erklärt seien (S. 119 fgg.). Schwerlich ist diese Ansicht mit der L. 65. §. 3. 4. Th. C. *de haeret.* zu vereinigen. Wie man aber auch hierüber denken möge, so ist doch gewiß die Behauptung dieses Schriftstellers unrichtig, daß auch die Successionsfähigkeit sich auf jene Ketzersecten beschränke. (S. 119. Note 29.); dagegen sprechen die oben, Note 93, angeführten Stellen zu deutlich.

Erwerbfähigkeit (das jus capiendi) entzogen, ſondern die eigentliche Erbfähigkeit. Bliebe aber in dieſer Hinſicht noch ein Zweifel nach der Theodoſiſchen Conſtitution [96]), ſo würde dieſer doch vollſtändig beſeitigt durch die Novelle, indem hier ausdrücklich unterſchieden wird zwiſchen der bei errichtetem Teſtamente ſchon vorhandenen Ketzerei, und der erſt ſpäter eintretenden. Im erſten Falle iſt das Teſtament durchaus nichtig, im zweiten aber ſoll die Einſetzung giltig bleiben, wenn der Erbe zur Zeit des Anfalls wieder zum rechten Glauben zurückgekehrt iſt [97]), ſo daß wir hier alſo eine vollſtändige Anwendung des Rechts wiederfinden, wonach die Erbfähigkeit bei Errichtung des Teſtaments und bei dem Anfall vorhanden ſeyn muß. In einer die Apoſtaten, oder diejenigen, welche von der rechtgläubigen Kirche abgefallen ſind, betreffenden beſonderen Conſtitution der Kaiſer Theodoſius I., Valentinianus und Arcadius, heißt es aber auch ausdrücklich: diejenigen, welche den wahren chriſtlichen Glauben verlaſſen und ſich zu einer ketzeriſchen Secte halten, „testamenti — non habeant factionem, *nulli in hereditate succedant, a nomine scribantur heredes*“ [98]). Alſo hier iſt es buchſtäblich beſtimmt, und ſomit auſſer allem Zweifel, daß die eigentliche Erbfähig-

96) Die L. 65. §. 3. Th. C. *de haeret.*, ſo wie die daraus genommene Stelle der L. 5. C. *de haeret.*, ſprechen allerdings nicht geradezu von der Succeſſionsunfähigkeit der Ketzer, ſondern nur von der Ungiltigkeit der Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen, welche zum Beſten der ſ. g. Kirchen und Häretiker erfolgt ſeien.

97) Nov. 115. Cap. 3. §. 14. (nach der Vulg.) — „si vero posthac — ab ecclesia separati, ad eam conversi fuerint“ u. ſ. w.

98) L. 3. C. *de apostat.*

keit wegfallen solle. — Fragen wir nun nach dem heutigen Gebrauche dieser Bestimmungen, so ist soviel gewiß, daß die Ansichten Justinians und seiner Vorgänger über Rechtgläubigkeit und Ketzerei den heutigen Begriffen darüber fremd sind, oder doch keinen rechten Maaßstab dafür enthalten [99]). Dennoch würde die Anwendung jener Gesetze an sich nicht ausgeschlossen seyn, da ganz allgemein Ketzerei und Abfall vom rechten christlichen Glauben als Gründe der Erbunfähigkeit genannt, diese Begriffe selbst aber uns nicht fremd sind, wir auch die Norm dafür, was juristisch als Ketzerei zu betrachten sei, nicht etwa nur in den eigenthümlichen Religionsdogmen der besonderen Confessionen suchen dürfen, sondern ihn sogar in einem Reichsgesetze deutlich ausgesprochen finden, indem im Westphälischen Friedensschlusse bestimmt ist, daß außer den in diesem Gesetze genannten Confessionen keine anderen in Deutschland recipirt oder geduldet werden sollen [100]). Auch wird in älteren Landesgesetzen die Ketzerei noch als Verbrechen und als ein Grund betrachtet, weshalb die Testamentsfähigkeit nicht Statt finden solle [1]). Indessen hat man sich in neuerer Zeit immer mehr und mehr von der Ansicht entfernt und sie zuletzt ganz aufgegeben, daß das Bekenntniß irgend eines religiösen Glaubens an und für sich betrachtet ein Verbrechen sei [2]), da nun die Erbunfähigkeit der Ketzer und Abtrün-

99) Vgl. Westphal Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 567. a. E. — Dasselbe gilt auch für die auth. Frid. *Credentes* C. *de haeret.*

100) Instr. Pac. Westph. Art. VII. §. 2. a. E. — Vergl. Struk Caut. testam. Cap. III. §. 60.

1) So z. B. das Würtemb. Landr. von 1610.

2) Eichhorn Grundsätze des Kirchenrechts der cathol. und

nigen lediglich in der Idee ihren Grund hat, daß Häresie und Apostasie verbrecherisch und strafbar seien, so darf auch jetzt dieser Grund der Erbunfähigkeit nicht mehr für geltend gehalten werden [3]).

5) Auch die innerhalb des s. g. Trauerjahrs sich wieder verheirathende Wittwe muß hier genannt werden [4]). Zwar pflegt man diese entweder ganz mit Stillschweigen zu übergehen, oder davon unter den relativen Hindernissen der Erbfähigkeit zu handeln [5]). Indessen sagt die L. 1. C. *de sec. nupt.* ganz allgemein: „*Omnium praeterea hereditatum*, legatorum, fideicommissorum, *suprema voluntate relictorum*, mortis causa donationum *sit expers*," und bestimmt am Schlusse, daß sie auch ab intestato nur Verwandte innerhalb des dritten Grades beerben dürfe. Die Nov. 22. cap. 22. bestätigt die früheren Nachtheile, nur in Ansehung der Erwerbungen durch Liberalitätshandlungen mit der Be-

evangelischen Religionspartei in Deutschland. Band II. S. 116—119. Hefftér Lehrb. des gem. deutschen Criminalrechts §. 416.

3) Wächter über Testirunfähigkeit wegen begangener Verbrechen, im Arch. für civilist. Pr. Band XVII. Abh. XIV. Nr. V. S. 439. — Es bedarf keiner Bemerkung, daß die hier nur in Beziehung auf active Testamentsfähigkeit sich findende Ausführung auch auf die Successionsfähigkeit anzuwenden sei. Vgl. auch Puchta System des gem. Civilrechts. S. 257. Note 2. b.

4) S. L. 1. C. *de sec. nupt.* (V. 9.). Nov. 22. c. 22. — Vgl. Bd. 24. d. Comment. §. 1217. S. 192 fgg.

5) S. z. B. Puchta a. a. O. Nr. 2 a. — Unter den absoluten Hindernissen kommt das hier zur Frage stehende aber auch bei Hofacker princ. jur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1290. I. 3. vor.

stimmung: „nec liberalitatem *ab extraneo* percipiet, nec *ab ullo extraneo* aut hereditatem, aut fideicommissum, aut legatum u. s. w. accipiet.“ Unbestimmt ist es gelassen, wer hier unter dem Extraneus zu verstehen sei. Hält man aber damit den vorangehenden Satz zusammen, wonach sie Alles verlieren soll, was der verstorbene Ehemann ihr zugewandt hat, wonächst es alsdann heißt: „*Sed* nec ab extraneo“ u. s. w.; so ist es ganz klar, daß dies nicht so verstanden werden dürfe, als ob sie durch Testamente verwandter Personen erwerben könne, sondern: sie soll eben so wenig von Anderen, als von ihrem Ehemann etwas lucriren, mithin überhaupt durch letztwillige Verfügungen nichts erwerben [6]). Selbst aber wenn man annehmen wollte, daß sie auch aus Testamenten von Verwandten innerhalb des dritten Grades erben dürfe (wofür es indessen an hinreichenden Gründen fehlt), so würde nichtsdestoweniger dies Successionshinderniß als Unfähigkeitsgrund zu behandeln seyn, indem einer solchen Frau die testamentarische Successionsfähigkeit ja immer regelmäßig ganz abgesprochen und nur ausnamsweise gestattet wäre. — Uebrigens ist die gesetzliche Strafbestimmung bekanntlich auch auf die Frau ausgedehnt, welche sich innerhalb des Trauerjahrs aufserehelich schwängern läßt, oder zwar nach Ablauf des Jahrs, allein noch ehe sie einen neuen Vormund erbeten und diesem Rechnung abgelegt hat, sich wieder verheirathet, ungeachtet sie die Vormundschaft über ihre Kinder unter der eidlichen Versicherung übernommen hatte, sich überall nicht wieder ver-

6) S. mein Lehrb. des Pand. Rechts Bd. 3. §. 542. Nr. II. zur Note 11.

heirathen zu wollen [7]). Daß dieſe Strafen aber, ſoweit ſie nicht die Rechte der Kinder betreffen, jetzt nicht mehr zur Anwendung kommen können, iſt aus überwiegenden Gründen [8]) ſchon an einer anderen Stelle dieſes Commentars ausgeführt [9]).

6) Ueber die Erbunfähigkeit der Judengemeinden findet ſich in einem Reſcripte des Kaiſers Antoninus Caracella Folgendes beſtimmt: „Quod Cornelia Salvia (heißt es hier) universitati Judaeorum, qui in Antiochiensium civitate constituti sunt, legavit, peti non potest“ [10]). Häufig erklärt man dies Reſcript daraus, daß die universitas Judaeorum überhaupt nicht das Recht einer juriſtiſchen Perſon gehabt habe, — daß ſie eine nur geduldete, nicht vom Staate anerkannte oder beglaubigte Genoſſenſchaft geweſen ſei [11]); oder man bringt dieſe Vorſchrift auch wohl geradezu unter die Kategorie der Erbunfähigkeit unerlaubter Gemeinheiten [12]). Indeſſen daß Genoſſenſchaften, welche nicht als juriſtiſche Perſonen conſtituirt waren, vollends aber die unerlaubten,

7) Nov. 39. c. II. — v. Löhr in ſeinem und Grolmans Magaz. Bd. III. S. 523 fg. — Mein Lehrb. a. a. O. §. 542. a. E.

8) Namentlich wegen der allgemeinen Beſtimmung in cap. 5. X. *de sec. nupt.* (IV. 21.).

9) Bd. 24. S. 197 fgg.

10) L. 1. C. *de Judaeis et coelicolis.* (I. 9.).

11) S. *Joh.* Brunnemann in comment. ad h. l. und von den Neuern Ed. Heinr. Dirkſen über den Zuſtand der juriſtiſchen Perſonen nach Röm. Recht, in ſeiner civiliſt. Abhand. Bd. II. Abh. I. S. 142 fg.

12) So z. B. Günther princ. jur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 735. Note f.

nicht erbfähig seien, verstand sich ganz von selbst, da ihnen überhaupt die Rechtsfähigkeit (persona) fehlte. Freilich liesse sich allenfalls annehmen, daß man es für nöthig erachtet haben könne, Verfügungen, deren Ungiltigkeit sich eigentlich schon von selbst verstand, zu verbieten, weil sie dennoch, und zwar häufig vorkamen; zumal bei Mitgliedern einer Religionsgesellschaft, welche zwar nicht verboten oder auch nur geradezu unterdrückt war, sich aber durch so viele Eigenthümlichkeiten auszeichnete, daß ihre Genossen bei Anderen nicht eben beliebt seyn konnten und schon darum sich einander näher anschlossen und gerne von dem Ihrigen Opfer brachten, um das Ganze zu befestigen und dessen Zwecke zu fördern. Ueberdies konnte ja so sehr leicht die Meinung entstehen, daß ein Recht, welches als ein allgemeines aller gehörig constituirten Communen anerkannt war, auch einer Genossenschaft zustehe, die öffentlich als solche bestand; das Rescript des Caracalla beweist daher allerdings noch nicht, daß die Judengemeinden juristische Persönlichkeit hatten. Doch fehlt es auch an genügenden Gründen, um die entgegenstehende Voraussetzung zu rechtfertigen [13]), dafür aber, daß der Judengemeinde die Rechte einer ju-

13) Dirksen a. a. O. nimmt an, die Constitution spreche das Successionsrecht nur den einzelnen Mitgliedern zu, dies aber sei das Zeichen eines collegii illiciti. — Allein von den Mitgliedern ist in dem Gesetze überall nicht die Rede; es heißt schlechthin nur, das Vermächtniß an die Gemeinde sei ungiltig. — Erheblicher wäre es, wenn noch zur Zeit der Pandektenjuristen die Bewilligung gemeinsamer sacra Grundbedingung der Existenz juristischer Persönlichkeit für eine universitas gewesen wäre. Indessen mit Sicherheit läßt sich dies Erforderniß nur für die früheren Zeiten nachweisen. Vgl Dirksen a. a. O. S. 23 fgg.

ristischen Corporation zugestanden haben, läßt sich Manches anführen, so namentlich, daß nach einem anderen Rescripte von Caracalla die Juden für fähig erachtet werden, Ehrenämter (honores) zu bekleiden, mit der Bemerkung, daß ihnen nur die Pflichten und Lasten auferlegt werden sollten, welche mit ihren religiösen Ueberzeugungen verträglich seien [14]). Diese Anerkennung der vollen Ehrenrechte der Mitglieder, verbunden mit einer Berücksichtigung ihrer Pflichten und Verhältnisse als solcher, oder zu der Genossenschaft, enthält gewiß kein unbedeutendes Moment für die Annahme, daß damals schon die Judengemeinde das Recht einer juristischen Corporation gehabt habe [15]). In der spätern Zeit, wo übrigens die Rechte der Juden selbst gemindert wurden [16]), ist dieß vollends nicht zu bezweifeln; denn wie hätte sonst namentlich von Vorstehern der Judengemeinden und den als solchen ihnen zustehenden Rechten [17]) die Rede seyn können? Geht man also davon aus, daß die L. 1. C. *de Judaeis* lediglich aus dem Mangel juristischer Persönlichkeit der Judengemeinden zu erklären sei, so würde

14) L. 3. §. 3. D. *de decurionib.* (L. 2.). Dies Recht liegt denn auch der Erklärung Modestins zu Grunde, daß die Juden Vormundschaften und andere Lasten übernehmen müßten, weil ihre Privilegien in Ansehung der munera lediglich in der Achtung religiöser Ueberzeugung ihren Grund hätten. L. 15. §. 6. D. *de excus.* (XXVII. 1.).

15) Dafür erklärt sich auch Cujacius Obs. VII. c. 30.

16) M. s. darüber insonderheit L. 6. 7. 16. 18. 19. C. *de Judaeis.* L. 21. C. *de haeret.* (I. 5.). Nov. 109.

17) S. besonders L. 15. u. L. 17. C. *de Judaeis.* — Vgl. auch Zimmern Gesch. des Röm. Privatr. bis Justinian. Bd. I. Abtheil. I. §. 130. S. 470. Note 8.

dieſelbe jetzt entweder überall keine Bedeutung haben können, oder ihr eine Bedeutung beigelegt werden müſſen, welche ſie urſprünglich nicht hatte. Letzteres dürfte unfreilich unbedenklich angenommen werden, wie ja auch ſo manche andere Rechtsſätze durch ihre Stellung zu dem neueſten Rechte eine ganz andere Bedeutung, als die bei ihrer Entſtehung ihnen zukommende, erhalten [18]). Um ſo eher aber wird man die Stelle geradezu von dem Geſichtspuncte aus erklären dürfen, daß die Juden gemeinden ſchon zur Zeit der Erlaſſung des Reſcripts juriſtiſche Perſönlichkeit gehabt haben. — Erbfähigkeit im höhern Sinne nun war vielleicht auch noch im neuern Rechte kein ſich von ſelbſt verſtehendes Recht juriſtiſcher Perſonen [19]); früher hatten ſie dieſelbe entſchieden nicht [20]), zum Vermächtniſſe durften ihnen zur Zeit der juriſtiſchen Claſſiker zugewendet werden [21]). Schon unter dem Kaiſer Marc Aurel ſtand es feſt, daß einem „corpus, cui licet coire“ gültig legirt werden könne [22]). Von dem Corporationsgeiſte der Juden ließ ſich aber befürchten, daß ſie durch häufige und reiche Zuwendungen das Gemeindevermögen zu vermehren und auf dieſe Weiſe ſich und den Ihrigen einen zu großen Einfluß auf die öffentlichen An-

18) S. mein Lehrb. des Pandr. Bd. I. §. 67.

19) Es iſt wenigſtens ſehr bedenklich, die Worte der L. 8. C. *h. t.* „Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit,“ auf die Conſtitution der universitas, nicht aber auf ein beſonderes Privilegium der Erbfähigkeit zu beziehen. S. hierüber §. 1438 h.

20) Vgl. hier vorläufig Dirkſen a. a. O. S. 129 fgg. Das Nähere hierüber wird beim §. 1438 b. vorkommen.

21) Dirkſen a. a. O. S. 140 fgg.

22) L. 20. D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.).

gelegenheiten zu verschaffen suchen würden. So erscheint denn die Bestimmung Caracalla's hinreichend erklärt und gerechtfertigt, auch wenn wir sie geradezu als Einschränkung eines an sich der Judengemeinde als solcher zustehenden Rechts ansehen. Jedenfalls wird sie dafür jetzt gehalten werden müssen, da die Judengemeinde als juristische Person anerkannt ist, mithin als solche auch die Erbfähigkeit haben müßte [23]). Daß übrigens durch die Constitution eigentliche Erbunfähigkeit der universitas Judaeorum ausgesprochen ist, leidet durchaus keinen Zweifel, da das Rescript aus einer Zeit herrührt, wo das Erbrecht juristischer Personen sich in der Regel überhaupt noch auf die Befugniß beschränkte, durch Vermächtnisse etwas zugewendet zu erhalten. Mit Unrecht wird aber von Manchem dies Hinderniß des Erbrechts als ein blos relatives bezeichnet, und so ausgedruckt: es könne ein christlicher Erblasser eine Judengemeinde nicht zur Erbin einsetzen [24]). In dem Gesetze liegt durchaus nichts, woraus sich schließen ließe, daß die Disposition von einem christlichen Testirer ausgieng; es ist mithin auch allgemein zu verstehen und anzuwenden. — Aber eben so wenig Grund ist zu der Meinung vorhanden, daß die Juden überhaupt für erbunfähig durch das Rescript Caracalla's erklärt seien, was gleichwohl bisweilen, jedoch ohne Gründe dafür anzuführen, behauptet wird [25]).

Noch

23) Nach dem jetzt geltenden Rechte wenigstens ist dies ausser Zweifel. S. §. 1438 b.

24) So Höpfner Commentar §. 486. Nr. 4. u. v. Hartitzsch Erbrecht §. 26. Nr. 2.

25) So namentl. Hellfeld jurisprud. for. §. 1438. Nr. 3. — Vgl. Braunemann ad L. 1. C. *de Judaeis* in f. u. *Mich*

Noch pflegt man unerlaubte Gesellschaften als solche zu nennen, denen die Erbfähigkeit entzogen ist [26]). Jedenfalls ist dies überflüssig, da, wie oben bereits bemerkt wurde, bei überall fehlender Persönlichkeit auch von einer Erwerbsfähigkeit nicht die Rede seyn kann [27]).

Sehr bedenklich erscheint dagegen die Annahme eines anderen Unfähigkeitsgrundes, welcher auch gewöhnlich übergangen wird; erbunfähig sollen nämlich die als Pasquillanten Verurtheilten seyn [28]). Dafür beruft man sich auf die Stellen, worin es heißt, der Pasquillant werde intestabilis [29]), ferner auf die Erklärung, welche Gajus

Mich. Godofr. Werner lectiss. comment. in Pand. P. II. ad Tit. de heredib. instit. §. 2.

26) Lauterbach colleg. theor. pract. T. II. Lib. XXVIII. Tit. II. V. §. 8. Nr. 7. Hofacker princ. jur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1290. I. 7. Thibaut Pandektenrecht Bd. II. §. 944. I. 4. Günther princ. jur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 735. I. A. 5.

27) Vgl. auch die Note 19. dieser Centurie.

28) Bachov. ad Inst. Lib. II. Tit. X. §. 6. Nr. 3. Schweppe das Röm. Privatr. in seiner heut. Anwendung. Ausg. von Mejer Bd. V. §. 788. Nr. b. S. 46. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gem. Civilr. Bd. III. Buch V. §. 44. Nr. 2.

29) L. 21. pr. D. *de testib.* (XXII. 5.). „Ob carmen famosum damnatus intestabilis fit.“ L. 5. §. 9. D. *de injur.* (XLVII. 10.). „Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripsit u. s. w. intestabilis *ex lege* esse jubetur.“ Unter der Lex versteht man meistens die Lex Cornelia de injuriis, selbst der Scholiast zu den Basiliken, T. VII. p. 482); Ulpian dagegen schreibt diese Bestimmung einem Senatusconsult zu. (S. die Note 36.). Vgl. hierüber die Noten von Schul-

von dem Worte intestabilis giebt [30]), und auf die Autorität des Theophilus, welcher sich (nach der Ueberſetzung von Otto Wilh. Reitz) über den improbus intestabilisque ſo äuſſert: „Oderunt hunc leges, *neque permittunt eum quid capere ex alieno testamento*, neque dant ei testandi licentiam, neque concedunt ei testem esse, alio testamentum condente“ [31]). Nun läßt ſich gewiß nicht läugnen, daß die Erklärung von intestabilis „neve ipsi testimonium dicatur“ auch ſehr füglich auf den Erben bezogen werden kann, indem das Teſtamentszeugniß ja auch den Erben ſelber mit betrifft [32]). Und auch in der Auth. Fridric. *credentes* C. *de haeret.* findet ſich die nämliche Anwendung des Ausdrucks, wie bei Theophilus. Wer Ketzer hegt oder begünſtigt, von dem heißt es: „sit etiam intestabilis, ut nec testandi liberam habeat facultatem, nec ad hereditatis successionem accedat.“ Endlich ſtimmt hiermit die Erklärung überein, welche der Scholiaſt zu den Satiren des Horaz (Lib. II. Sat. 3. v. 181.) von intestabilis giebt: „cui non licet testamentum condere, vel testamento quid ab alio accipere“ [33]). Indeſſen dies Alles begründet keineswegs

ting und Smallenburg Tom. VII. P. I. p. 221.; jedoch auch Marezoll über die bürgerliche Ehre (Gieſſen 1824.) S. 91 fg. Note 4.

30) L. 26. D. *qui test. fac. poss.* „ne ejus testimonium recipiatur — — *neve ipsi dicatur testimonium.*“

31) Theophili paraphr. graeca Instit. ad Lib. II. Tit. 10. §. 6. ed. Reitz. p. 338.

32) Vinnius ad §. 6. I. *de test. ordin.* Nr. 5.

33) Man beruft ſich wohl noch auf die L. 9. pr. Th. C. *de Haeret.* (XVI. 5.), wo es auch von dem Manichäus

einen ſicheren Schluß auf teſtamentariſche Succeſſionsunfähigkeit der Pasquillanten. Zuvörderſt iſt, wenigſtens mit großer Wahrſcheinlichkeit, anzunehmen, daß im Sinne des Zwölftafelgeſetzes intestabilis Der war, welcher für unfähig erklärt wurde, Zeuge bei einer feierlichen Handlung zu ſeyn, weil er ſich geweigert hatte, den Act zu bezeugen, welchem er als Zeuge beigewohnt hatte [34]). Sehr möglich nun, daß einem ſolchen auch das Recht abgeſprochen wurde, Andere als Zeugen bei ſeinem eigenen förmlichen Rechtsgeſchäfte zuzuziehen, alſo überhaupt dergleichen Geſchäfte vorzunehmen, vielleicht auch, daraus zu erwerben. So kam man denn zu der von Gajus (ſ. Note 30.) erwähnten etymologiſirenden Beſtimmung des Begriffs eines intestabilis. Daß derſelbe, ſo ausgedruckt, nicht einem Geſetz, ſondern der Doctrin angehöre, beweiſt die Art, wie Gajus ſich darüber äuſſert: „Quum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur, *et eo amplius, ut quidam putant*, neve ipsi dicatur testimonium,“ wenn wir aber den Begriff vorzugsweiſe auf Teſtamente bezogen finden, ſo hat dies ſeinen Grund

heißt: „intestabilis vivat.“ Zwar fehlte den Manichäern die Erbfähigkeit, allein daß hier dieſer Ausdruck nur auf den Mangel der activen testamentifactio bezogen wird, ergiebt auf das Beſtimmteſte die hinzugefügte Erklärung: „nihil moriens relinquat indignis — sed naturae restituat“ u. ſ. w. Es iſt daher gewiß nicht nöthig, mit Schrader (not. ad Inst. Lib. II. Tit. X. §. 6. p. 292. in f.) anzunehmen, daß hier der Ausdruck intestabilis im uneigentlichen Sinne genommen werde.

34) *A.* Gellius noct. Att. Lib. VI. C. 7. — Marezoll a. a. O. S. 86 fgg.

theils in der Gleichheit etymologiſcher Ableitung des Worts mit testamentum und testamentifactio, theils darin, daß die übrigen altförmlichen Rechtsgeſchäfte, wobei Mancipation, alſo ein feierliches Zeugniß vorkam, immer mehr verſchwanden oder doch wenigſter bedeutend wurden, wogegen bei Teſtamenten, auch wenn ſie nicht in der alten Form errichtet wurden, ſich von dem alten Rechte, namentlich in Beziehung auf die Subjecte, ſo wie auf die Zahl der Zeugen und deren Eigenſchaften, das Meiſte erhalten hatte [35]). — Nun aber fragt es ſich: finden wir in den geltenden Quellen des Römiſchen Rechts den Begriff ſo aufgefaßt und anerkannt: Wer für intestabilis erklärt iſt, der darf weder Zeuge bei einem Teſtamente ſeyn, noch ein Teſtament errichten, noch daraus erwerben? Dies kann entſchieden geläugnet werden. Nur in einem Puncte läßt ſich eine feſtſtehende Erweiterung des urſprünglichen Begriffs nicht in Abrede ſtellen, nämlich in Beziehung auf die Fähigkeit zu teſtiren. Ulpian ſagt: „Si quis ob carmen famosum damnatur, Senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit; *ergo* nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi“ [36]). Dieſe Wirkungen hielt man ſo genau mit einander verbunden, daß man ſogar auf die Weiſe argumentirte: wem die Fähigkeit zu Teſtiren entzogen iſt, der darf auch nicht Zeuge bei einem Teſtamente ſeyn [37]). Wäre nun auch die Succeſſionsun-

35) Vgl. Marezoll a. a. O. S. 91.

36) L. 19. §. 1. D. *qui test. fac. poss.* — Vergleiche oben Note 29.

37) L. 18. pr. D. *eod.* „Is, cui bonis interdictum est, testamentum facere non potest; — — *merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi potest.*“

fähigkeit eine sich von selbst verstehende Folge der Intestabilität gewesen, so würde dies ebenfalls anerkannt seyn; hier muß also das Stillschweigen unserer Rechtsquellen um so mehr für einen Beweis des Gegentheils gelten, als die Entziehung eines Rechts zur Strafe nicht ohne ausdrückliche Bestimmung der Gesetze angenommen werden darf [38]). Dagegen ist aber auch nicht entscheidend, daß in der oben angeführten **Auth. Frid.** ***credentes*** (Cod. ***de haeret.***) der Begriff von **intestabilis** auch auf den Mangel der passiven Testamentifactio bezogen wird. Allerdings war derjenige **intestabilis**, welcher weder Zeuge seyn, noch ein Testament errichten, noch daraus erwerben konnte. Wenn aber der Kaiser sagt: die **haeretici** und die **haereticorum fautores** sind **intestabiles**, dergestalt, daß sie auch aus einem Testamente nichts erwerben können, so ist ja dadurch keineswegs die testamentarische Successionsunfähigkeit aller durch Gesetz für **intestabiles** erklärten Subjecte anerkannt, sondern nur bestimmt: diese **intestabiles** können auch aus Testamenten nichts erwerben. Aber auch Theophilus sagt eben nichts Anderes als dieses. Er spricht von den **intestabiles**, welchen in dem Zwölftafelgesetze das Recht, Zeugen zu seyn wegen treuloser Verweigerung ihrer Aussage über frühere Rechtsgeschäfte, wobei sie als Zeugen assistirten, entzogen ist, indem er zugleich bemerkt, daß diese auch nicht successionsfähig gewesen seien. Mag nun seine Relation richtig seyn, oder nicht (— im Justinianischen Rechte findet sich keine Spur einer Successionsunfähigkeit aus diesem Grunde), so ist ja doch hier eben so wenig, wie in der Fridericianischen Authen-

38) Vgl. Marezoll a. a. O. S. 92 fg.

tike der Grundſatz ausgeſprochen, daß jeder intestabilis ſucceſſionsunfähig ſei [39]).

Die Succeſſionsunfähigkeit der Pasquillanten beruht mithin auf keinem ſicheren Grunde; wäre ſie aber begründet, ſo müßte man noch weiter gehen und ſagen: allen durch Geſetze für intestabiles erklärten Subjecten fehlt die paſſive Teſtamentifactio eben ſowohl, wie die active, und es könnte dann nur noch die Frage aufgeworfen werden: welche Perſonen für intestabiles im Röm. Rechte erklärt ſeien, und ob die beſonderen Gründe der Inteſtabilität gegenwärtig überall noch als ſolche betrachtet werden dürfen? Dieſe Fragen aber können wir hier um ſo eher mit Stillſchweigen übergehen, als ſie ſchon oben bei Gelegenheit der activen Teſtamentifactio berührt worden ſind [40]).

Dagegen darf hier, am Schluſſe der Erörterung über die Gründe des abſoluten Mangels der teſtamentariſchen Erbfähigkeit, der Einfluß nicht unerwähnt bleiben, welchen, wie es ſcheint von jeher, das Nichtvorhandenſeyn der vollen bürgerlichen Ehre auf die Succeſſionsfähigkeit, oder doch auf das Recht, aus Teſtamenten etwas zu erwerben, übte [41]). Doch äuſſerte ſich dies Anfangs,

39) Vgl. Marezoll a. a. O. S. 92—94. und Bd. 33. d. Comment. S. 353 fg. Warnkoenig comment. jur. Rom. priv. T. III. §. 1000. Note 5.

40) S. Bd. 34. d. Comment. §. 1407 a. S. 147—149. Vgl. oben S. 20—22. S. 36—38. dieſes Bandes, und die öfter angef. Abhandlungen von v. Buchholtz (wer heißt intestabilis? in deſſen juriſt. Abhandl. Nr. V.) und von Wächter (über Teſtirunfähigkeit wegen begangener Verbrechen, im Archiv für civiliſtiſche Praxis Band XVII. Abh. XIV.).

Marezoll a. a. O. S. 237 fgg.

wie überhaupt die Wirkung der Unwürdigkeit oder verminderter existimatio, meistens nur durch individuelle Acte eines Magistratus, — dessen rechtlichem und billigem Ermessen hierbei Alles überlassen blieb [42]), besonders auch durch Entziehung gewisser Rechte in concreten Fällen [43]). Nach und nach wurde auch dies durch feste

42) Hauptsächlich gehörte hieher die in früheren Zeiten so ausserordentlich wirksame censorische Rüge (nota censoria). Marezoll a. a. O. S. 94 fgg. §. 3. — Doch wurde auch von anderen Magistratus die Sittenpolizei, wenngleich unter anderen Formen, ausgeübt.

43) So erzählt Valerius Maximus (memorabil. Lib. VIII. c. VII. Nr. 6.), daß der Consul Mamerius Aemilius Lepidus die von dem Prätor einem gewissen Genucius gegebene secundum tabulas bon. possessio wieder aufgehoben habe, weil dieser sich selbst der Mannheit beraubt, „ne obscoena Genucii praesentia inquinataque voce, tribunalia magistratuum polluerentur.“ Der Erblasser war ein Freigelassener, derjenige aber, welcher die Rescission der Bon. poss. bei dem Consul impetrirte, dessen Patron. Ob durch das Testament ein Notherbenrecht des Patrons verletzt war, und ob überhaupt zu der Zeit schon der Patron eine contra tab. B. P. gegen das Testament seines Freigelassenen hatte? darüber enthält die Erzählung des Valerius Maximus nichts (S. *Ant.* Schulting Diss. de testamentis rescissis ad *Val. Max.* Lib. VII. C. VII. in dessen comment. academ. Vol. I. ed. Hal. p. 291—298.). Indessen von einer contra tab. B. P. ist hier überall nicht die Rede; auch wurde ja dem Patron nicht blos die Hälfte des Vermögens zugesprochen, worauf er bei einer Succession gegen das Testament doch nur einen Anspruch gehabt hätte (§. 1. I. *de succ. libertor.*), und die Entscheidungsgründe sind geradezu darauf gestellt, daß Genucius seiner anstößigen Handlung wegen die Ausschließung verdient habe.

Normen beſtimmt, namentlich durch die Lex Jul. et Pap. Poppaea, ſowie durch ſpätere Senatusconſulte und kaiſerliche Verfügungen. So läßt ſich der größte Theil der Indignitätsgründe auf den Geſichtspunct zurückführen, daß es dem Erben oder Vermächtnißnehmer an ehrenhafter Geſinnung oder moraliſcher Würdigkeit fehle [44]). Beſonders aber ſind hier die Succeſſionsbeſchränkungen für mulieres probrosae zu nennen, d. h. für Weibsperſonen, welche durch einen verwerflichen Lebenswandel ihr Geſchlecht und ihren Namen ſchänden. Vor Allem nun werden durch dieſe Benennung feile Weiber bezeichnet [45]),

44) Vgl. oben S. 171 fg. dieſes Bandes (Nr. 3.).

45) L. 41. pr. D. *de ritu nuptiar.* (XXIII. 2.) „*Marcellus* Lib. XXVI. Dig. Probrum intelligitur etiam in his mulieribus esse, quae turpiter viverent, vulgoque quaestum facerent, etiamsi non palam.“ Nach der richtigen Bemerkung von *B.* Brissonius (ad leg. Jul. de adulteriis Lib. singular. — mit anderen opuscul. des Verf. Lugd. 1558. zuſammengedruckt, p. 143. a. E. fg.) iſt hier nicht die Rede von eigentlichen Strafen der Unzucht, ſondern es ſollte nur in Beziehung auf gewiſſe Schmälerungen der Ehrenrechte (z. B. auf das mangelnde Connubium mit Perſonen, welche die alten Ehrenrechte hatten, Ulpiani Fragm. Tit. XIII.) der Begriff einer mulier probrosa beſtimmt werden; und ſchon darum muß die Lesart *stuprum*, ſtatt der Florentiniſchen *probrum* verworfen werden (Vgl. Schulting u. Smallenburg not. ad Dig. T. III. p. 220.). Doch ſteht auch noch der Grund entgegen, daß feile Weibsperſonen oder Huren zu denjenigen gehörten, cum qua inpune stuprum committitur. L. 13. §. 2. D. *ad Leg. Jul. de adult.* XLVIII. 5.). — Veranlaßt wurde die Erklärung des Marcellus wohl durch die Beſtimmung der Lex Julia de maritandis ordinibus: diejenige, quae *pa-*

obgleich diese nicht allein; es scheint der Ausdruck auf eine Jede bezogen worden zu seyn, welche durch geschlechtliche Verbindungen die ihr zukommende weibliche Ehre verwirkt hatte (s. Note 49.). Dadurch erhält der Begriff allerdings etwas Relatives, jedoch unbeschadet der juristischen Bestimmtheit. Die Frau, welche keine weibliche Ehre zu verlieren hat, kann zwar **probrosa mulier** durch Betreibung eigentlicher Hurerei werden, sonst aber durch Umgang mit Männern die Geschlechtsehre nicht verwirken. Gewöhnliche Unzucht mit einer solchen Person (z. B. mit einer **mulier obscuro loco nata**) war daher kein eigentliches oder strafbares **stuprum**, was man denn auch so ausdruckte: **stuprum in eam non committitur** [46]). Dagegen galt der sonst erlaubte Concubinat unerlaubtem und

lam **quaestum fecerit,** (oder auch **quae probrum commiserit**) solle von der Verheirathung mit gewissen Personen ausgeschlossen seyn. Diese Bestimmung wurde dann Gegenstand doctrineller Erörterungen (s. z. B. **L. 44. D.** ***de ritu nuptiarum***), und darauf bezieht sich auch die Aeusserung des Juristen Marcellus: es komme hierbei nur darauf an, daß die Unzucht als Gewerbe (oder doch mit Jedem ohne Unterschied. — **L. 43. §. 3. D.** ***de ritu nupt.***) betrieben sei, wenngleich nicht gerade öffentlich. — Uebrigens ist der Ausdruck des Gesetzes streitig, und eben so, ob das Gesetz nur die Ehen solcher Personen mit Senatoren und deren Nachkommen, oder mit allen Personen von unbefleckter Ehre verboten habe. Es ist hier der Ort nicht, dies zu untersuchen. Doch vergleiche man hierüber Heineccius **ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. I. §. 2. p. 108.** Marezoll a. a. O. S. 229 fg. Zimmern Geschichte des Röm. Privatr. Bd. I. Abth. II. §. 149. S. 545.

46) **L. 13. §. 2. D.** ***ad Leg. Jul. de adult.*** Vgl. mit **L. I. §. 1. u. L. 3. pr. D.** ***de concubinis.*** **(XXV. 7.)**.

ſtrafbarem Geſchlechtsumgange (dem stuprum) gleich, wenn er mit einer freigebornen Perſon, und zwar mit einer ſolchen, welcher an ſich das Recht der weiblichen Ehre zukam, ohne förmliche Atteſtation eingegangen wurde [47]); ſelbſt aber, wenn dieſe Form beobachtet war, hatte doch die Frau, welche die rechtmäßige Gattin des Mannes hätte ſeyn können, ihr Ehrenrecht verwirkt [48]), oder ſich ein Probrum zu Schulden kommen laſſen [49]). Hurerei (das corpore quaestum facere) und die unbedingt für ſtrafbar erklärten Geſchlechtsverbindungen (wie Ehebruch und Inceſt) hatten aber auf jeden Fall eine Verminderung der ſonſt zuſtehenden Ehrenrechte zur Folge [50]). Auſſerdem wurden den mulieres probrosae

47) L. 3. pr. D. *de concubinis.* — Vgl. Bd. 28. d. Comment. §. 1295. S. 376.

48) L. 13. pr. D. *ad Leg. Jul. de adult.* Vgl. auch die folg. Note.

49) Marcellus fährt nämlich in der Stelle, worin er beſtimmt, was probrum ſei (L. 41. pr. D. *de ritu nuptiarum*) in dem §. 1. alſo fort: „Et si qua se in concubinatum alterius, quam patroni, tradidisset, *matris familias honestatem non habuisse eam dico.*“ — Alſo auch freigelaſſene Frauen konnten auf den Ehrennamen matrona oder materfamilias Anſpruch machen (vgl. Bd. 28. d. Comment. S. 361.), und ſie verlor ihn auch nicht durch ein Concubinat mit ihrem Patron, zumal da man eine ſolche Verbindung zwiſchen ihr und dem Patron für anſtändiger hielte, als die eheliche (L. 1. pr. in f. D. *de concub.*). Anders verhielt es ſich mit der Freigebornen, vorausgeſetzt, daß ſie überhaupt ein Recht auf jene Benennung, oder dieſelbe nicht ſchon verwirkt hatte, z. B. durch meretricia vita.

50) L. 43. D. *de ritu nuptiar.* L. 38. D. *ad Leg. Jul. de adulter.*

diejenigen gleichgesetzt, welche als Schauspielerinnen, Tänzerinnen, oder in ähnlichen Künsten öffentlich und für Bezahlung aufgetreten waren [51]).

Betrachten wir nunmehr die Successionsbeschränkungen selbst. — Sueton erzählt: der K. Domitian habe den probrosae foeminae das jus capiendi legata hereditatesque entzogen [52]). Halten wir hiermit andere Aeusserungen unserer Quellen zusammen, und namentlich diejenigen, welche sich über das Recht der mulieres adulterae und stupratae finden, so ergiebt sich, daß hier unter den probrosae foeminae nur Huren und Schauspielerinnen gemeint seien. Auch kann es wohl nicht zwei-

51) Daß artem ludicram facere bei den Römern infamirte, ist bekannt (Vgl. L. 1. D. de his, *qui not. infam.* III. 2. L. 44. D. *de ritu nuptiarum.* S. auch Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. Cap. 1. §. 7. p. 122. a. E. fgg.), wenn aber die Frauen, welche sich diesen Gewerben widmeten, noch besonderen Nachtheilen unterworfen wurden (wohin eben das Verbot der Heirath mit unbescholtenen Personen gehört), so hat dies darin seinen Grund, daß die mulieres scenicae, auch in Beziehung auf Keuschheit und Sittlichkeit in sehr schlimmen Rufe standen. Daher denn auch die in unseren Quellen sich mehrmals findende Zusammenstellung derselben mit unzüchtigen Frauen (Ulpiani Fragm. Tit. XIII. §. 2. L. 10. §. 2. D. *ad Leg. Jul. de adult.* L. 1. C. *de naturalib. liber. V.* 27. Vgl. auch Suetonius in vita Tiberii cap. 35. — *J. G.* Heineccii diss. de levis notae macula, und L. 27. C. *de inoff. test.* §. 23. gegen das Ende; in ej. opusc. varior. Syll. p. 297 sq.).

52) Suetonius in vita Domitiani cap. 8. „Suscepta morum correctione, probrosis foeminis lecticae usum ademit, jusque capiendi legata hereditatesque.“

felhaft ſeyn, daß nur das capere im Sinne der Lex Jul. und Pap. Poppaea gemeint ſei, folglich die Zuwendung ſelbſt an ſolche Frauen nicht verhindert wurde, ſondern es lediglich darauf ankam, ob ihnen zur Zeit des Anfalls das Probrum noch anklebe, oder nicht [52a]). Nur das könnte gefragt werden: ob dieſe Beſtimmung ſich nicht ſchon in dem Geſetze ſelbſt finde und nur durch Domitian erneuert worden ſei? Doch alle Quellenäuſſerungen, die man hierauf beziehen könnte, gehen lediglich dahin, daß eine Ehe wider die Lex (alſo auch, wenn Jemand eine mulier famosa heirathet), nicht für eine rechte Ehe gelte, mithin auch die Nachtheile des Cölibats dadurch nicht entfernt werden [53]). Wenn aber der Kaiſer den

52a) Doch ſcheint man dies ſpäter nicht beachtet zu haben, weil Juſtinian ſich veranlaßt fand, die Erwerbfähigkeit der Frauen, welche ihren liederlichen Lebenswandel aufgegeben haben, ausdrücklich anzuerkennen; L. 23. §. 3. in f. D. *de nupt.* (V. 4.). S. unten die Note 59.

53) S. inſonderheit Ulpiani Fragm. Tit. XVI. §. 2. „Aliquando nihil inter se capiunt (vir et uxor), i. e. si contra legem Juliam Papiamque Poppaeam contraxerint matrimonium; v. g. si famosam quis uxorem duxerit, aut libertinam senator.“ — M. vgl. *J.* Gothofredus ad Leg. Jul. de maritandis ordinib. p. m. (Otto thes. T. III. p. 213.). Heineccius ad Leg. Jul. et P. P. Lib. II. C. VI. p. 188. — S. auch des Letzteren Diſſertation de lev. not. macula §. 19. 20. Wenn übrigens Heineccius hier der Lex die Beſtimmung zuzuſchreiben ſcheint, daß die notatae personae als ſolche das jus capiendi nicht gehabt hätten, ſo iſt dies eben ſo unrichtig, als wenn er mit Gothofredus in das von ihnen reſtituirte Capitel der Lex die Worte aufnimmt: neve hereditatem, *quae eis lege obvenerint* — capiunto. Denn das Geſetz be-

probrosae mulieres ganz allgemein das jus capiendi entzog, so fallen für diese alle Ausnahmen und Beschränkungen der Lex hinweg, folglich konnten sie auch ab intestato ihnen angefallene Erbschaften nicht erhalten. Indirect bestätigt wird dies durch die Aeusserung Ulpians: „Si mulier sit famosa, ad *legitimam hereditatem liberorum* admittetur“ [54]). In dem Tertullianischen Senatusconsult war die Mutter ganz allgemein zur Erbschaft ihrer Kinder gerufen, daher nahm man denn an, daß sie auch ihre vulgo quaesitos beerbe [55]), d. h. hier diejenigen Kinder, welche sie als meretrix erzeugt hatte [56]). Offenbar aber wurde dies auf den Grund der erwähnten Bestimmung, wonach den mulieres famosae oder probrosae das jus capiendi entzogen war, bezweifelt. Daher die obige Aeusserung Ulpians, welche nach der Art ihrer Fassung wohl den Schluß zuläßt, daß solche Weibspersonen andere als von ihren Kindern ihnen angefallene Erbschaften nicht erhal-

schränkte nur die Erwerbsfähigkeit durch Testament; die Vorschrift Domitians aber muß ihrer Allgemeinheit wegen auch auf die legitimae hereditates bezogen werden.

54) L. 2. §. 4. D. *ad Senatusconsult. Tertullianum.* (XXXVIII. 17.).

55) L. 2. D. *unde cogn.* (XXXVIII. 8.). §. ult. I. *de success. cognat.*

56) Daß auch die nicht von einer meretrix gebornen unehelichen Kinder vulgo concepti hießen, ist außer Zweifel (L. 23. D. *de statu homin.* I. 5.). Indessen wurden vorzugsweise die ex meretricio coitu nati durch diesen Namen bezeichnet. S. L. 16. §. 1. D. *de his, quae ut indign.* (XXXIV. 9.). Es wird diese Stelle noch weiter unten zur Sprache kommen. — Vgl. auch Theophili paraphr. Inst. ad §. ult. Inst. *de succ. cogn.*

ten könnten. — Ferner gehört hieher die Relation Tryphonins: „Mulier, in quam turpis suspicio cadere potest, *nec ex testamento militis* aliquid capere potest, ut Divus Hadrianus rescripsit“[57]). Gewöhnlich versteht man diese Stelle von einer Frauensperson, welche mit dem Soldaten selber unerlaubten Umgang gepflogen hat, hält dies auch für eine singuläre Rechtsbestimmung, wodurch die sonst begünstigten Soldaten-Testamente beschränkt worden seien. Indessen liegt die Annahme viel näher, daß ein Zweifel darüber entstand, ob nicht die probrosae mulieres aus dem Testament eines Soldaten etwas erhalten könnten; durch ein Rescript Hadrians wurde aber bestimmt, daß selbst in diesem Falle (nec ex testamento militis) die Erwerbfähigkeit ausgeschlossen sei[58]). Uebrigens ersehen wir aus dieser Stelle, daß ein strenger Beweis einer meretricia vita hierbei nicht einmal erforderlich war. Denn als Verbrechen wurde dies nicht betrachtet, sondern nur als Schande, führt eine Frau aber einen Lebenswandel, wodurch der Verdacht begründet wird, daß sie sich Jedem ohne Unterschied Preis gebe, so trifft sie mit Recht der Schimpf, welcher die stete Folge und Begleiterin schamloser Verworfenheit ist. Daher kann es denn nicht befremden, wenn auch die öffentlichen Schauspielerinnen in dieser Beziehung den mulieres famosae oder probrosae gleichgestellt wurden. Daß dieß der Fall war, ersehen wir aus der Constitution Justinians, worin er bestimmt, daß die mulieres scenicae, wenn sie ihre Lebensweise geändert haben und ihnen durch kaiserliches Rescript die weiblichen

57) L. 41. §. 1. D. *de test. milit.* (XXIX. 1.).

58) Marezoll a. a. O. S. 240 fg.

Ehrenrechte wiedergegeben sind, sich nicht nur mit Jedem verheirathen dürfen, sondern auch fähig werden, die ihnen durch Testament oder Gesetz deferirten Erbschaften zu erhalten [59]).

Daß man aber noch weiter gegangen sei und allen Personen mit verringerten Ehrenrechten das jus capiendi entzogen habe, ließe sich vielleicht aus einer Verordnung Constantins schließen, wenn diese als alleinige Quelle hierüber angesehen werden dürfte. Es ist dies eine der beiden Constitutionen [60]), woraus in dem Constitutionen-Codex Justinians die das Querelrecht der Geschwister betreffende **L. 27. C.** *de inoff. test.* **(III. 28.)** zusammengesetzt ist, — nämlich die **L. 3. Th. C. eod.**, worin es heißt: den Geschwistern sei die **actio inofficiosi** eröffnet, „**cum** *infamiae aspergitur vitiis* **is**, qui **heres extitit**, *omniaque fratribus tradi, quae per turpitudinem, aut aliquam levem notam capere non potest institutus.*“ Daß indessen **infamia**, **turpitudo** oder **levis nota** die Erbfähigkeit im Allgemeinen nicht hinderte oder beschränkte, wird hier schwerlich eines Beweises bedürfen [61]). Man darf sich diese Aeusserung

59) **L. 23. pr. §. 1—3. C.** *de nupt.* **(V. 4.)**; woselbst es am Schlusse heißt: „salvam eis — existimationem servari — tam in aliis omnibus, quam ad — — — suscipiendam competentem sibi — ab aliis relictam, vel ab intestato delatam hereditatem.“ Uebrigens verstand sich dies eigentlich schon von selbst, indem diesen Frauenzimmern ja nicht die passive Testamentifactio, sondern nur das jus capiendi entzogen war. S. oben Note 52 a.

60) Die **L. 1. u. 3. Th. C.** *de inoff. test.* **(II. 19.)**.

61) So waren **liberti personae notatae**, und dennoch erb-

wohl ſo erklären: der Vorzug aller und jeder infamirten Perſonen giebt den übergangenen, oder nicht gehörig berückſichtigten Geſchwiſtern ein Recht auf die Querel. Dieſe reſcindirt das ganze Teſtament, führt alſo die Inteſtaterbfolge herbei, und zwar dies ſelbſt in dem Falle, wenn ſolche famosae personae ihnen vorgezogen ſind, denen das jus capiendi fehlt, (alſo mulieres probrosae); d. h. in dieſem Falle tritt nicht, wie ſonſt, der Fiscus ein, ſondern der Querulant als nächſter Inteſtaterbe, erhält Alles [62]).

Was

fähig. Ein Gleiches gilt von den Prodigi, die zu den turpes personae gehörten (L. 11. §. 1. D. *de dolo malo*. III. 4. L. 17. §. 13. D, *de injur*. XLVII. 10.), deren Erwerbsfähigkeit durch Teſtament ſich aber eben ſo wenig bezweifeln läßt. Zwar heißt es bei Ulpian: dem Prodigus fehle die Teſtirfähigkeit, „quoniam commercium illi interdictum est.“ (Ulp. Fragm. Tit. XX. §. 13.). Allein die Commerzentziehung bezog ſich ja nur auf die Dispoſitionsbefugniß des Prodigus, wie ſich auch aus der uns erhaltenen Formel der Prodigalitätserklärung ergiebt. (Paulli sent. rec. Lib. III. Tit. IV. A. §. 7.). So hat denn die Aeuſſerung Ulpians nur den Sinn: der Prodigus kann nicht teſtiren, weil ihm das Verfügungsrecht über das Seine unterſagt iſt. Höchſtens kann man für das ältere Recht ſoviel zugeben: er war der potestas ſeiner Agnaten unterworfen (L. 1. pr. in f. D. *de curatorib. furioso dandis*. XXVIII. 10.; Schulting zu Paulli sent. rec. l. l. Not. 15. a. E.); weshalb denn auch dieſe vielleicht durch ihn erwarben. Dies aber konnte ihm die paſſive Teſtamentifactio eben ſo wenig entziehen, wie dem Hauskinde, welches doch ebenfalls dem Vater erwarb.

62) Es iſt bereits an einem anderen Orte dieſes Commentars (Bd. 35. S. 95 — 139.) die Anſicht ausführlich wiederlegt, welche

Was nun die Natur dieser Successionsbeschränkung anbetrifft, so ergiebt sich aus dem Vorstehenden von selbst,

welche Marezoll besonders auf das oben angeführte Gesetz Constantins gründet, daß die Geschwister überall kein Recht auf den Pflichttheil hätten, sondern die ihnen hier zugestandene Querel nur ein Ereptionsrecht sei, wodurch sie an die Stelle des Fiscus treten. Hier mag darüber noch Folgendes bemerkt werden: der Fiscus kann dem eingesetzten Erben überhaupt nur unter der Voraussetzung die Erbschaft eripiren, daß keine Notherbenrechte verletzt sind, oder sonst nicht dem Testamente etwas fehlt, wodurch dessen Ungiltigkeit bewirkt, also die Intestaterbfolge herbeigeführt wird. Ist dies der Fall, so schließen die Intestaterben allemal den Fiscus aus, indem nunmehr ja die Erbeinsetzung selbst nicht besteht, folglich auch dem eingesetzten Erben vom Fiscus nichts eripirt werden kann. Für die Querel der Descendenten und Ascendenten bedurfte es hierüber keiner besonderen Bemerkung, wohl aber für die der Geschwister, welche ja überhaupt nur die Querel haben, wenn ihnen famosae personae vorgezogen sind. Da nämlich manche von diesen das jus capiendi gar nicht haben, also ausgeschlossen werden, auch wenn keine Notherbenrechte verletzt sind, so war die Bemerkung gewiß nicht überflüssig, daß sie durch die Querel der Geschwister von diesen ausgeschlossen würden, oder m. a. W. das Ereptionsrecht des Fiscus hier nicht Statt finden solle. Ist deren Querel überall nicht begründet, weil ihnen der Erblasser den Pflichttheil hinterlassen, oder ihnen wenigstens etwas zugewendet hat, so daß sie das Fehlende mittelst der expletoria actio nachfordern können, — so tritt für den Theil, welcher dem indignus verbleiben würde, das Ereptionsrecht des Fiscus ein. Und ein Gleiches galt denn natürlich auch in dem Falle, wenn zwar Descendenten oder Ascendenten vorhanden waren, allein nicht querulliren konnten.

daß nicht eigentlich die passive Testamentifactio den probrosae mulieres entzogen war, sondern nur das jus capiendi. Es konnte also eine solche Person giltig und wirksam eingesetzt werden, wenn sie nur beim Anfall der Erbschaft jener verworfenen Klasse nicht mehr angehörte; war aber dies der Fall, so wurde das Testament, in welchem sie eingesetzt war, nicht eigentlich ungiltig, sondern es trat nur der Fiscus an ihre Stelle [63]).

63) Anders verhielte es sich mit der oben (Nr. 5.) erwähnten Erbeinschränkung der Wittwe, welche entweder innerhalb des Trauerjahrs wieder heirathete, oder sich schwängern ließ, oder ihrem eidlichen Versprechen, sich nicht wieder zu verheirathen, ungetreu wurde. Zwar gehen die Ausdrücke auch hier nicht auf Entziehung der passiven Testamentifactio, sondern es heißt nur: sie soll hereditatum u. s. w. *expers* seyn, oder die legitimas hereditates non ultra tertium gradum *vindicare* (L. 1. C. *de sec. nupt.* V. 9. Vgl. mit Nov. 22. c. 22. 40. Nov. 39. c. 2.). Allein hier liegt es in der Natur der Sache, daß nicht blos auf den Zeitpunkt der Delation, sondern gerade auf den der Testamentserrichtung gesehen werden müsse; eine meretrix oder scenica mulier kann aufhören dies zu seyn; die Wittwe aber, welche das Trauerjahr verletzt, kann dies durch Besserung ihres Lebenswandels nicht wieder gut machen, — die Handlung, woran das Gesetz die Strafe knüpft, ist nicht wieder ungeschehen zu machen. — Freilich ist nicht zu läugnen, daß hierbei von dem Gesichtspuncte ausgegangen wurde: eine Frau, welche sich so vergehe, sei den probrosae mulieres gleich zu achten (L. 2. C. *de sec. nupt.* — „probrosis inusta notis honestioris — personae decore et jure privetur"); indessen ist die Verschiedenheit der rechtlichen Wirkung dieser Successionseinschränkungen so in die Augen fallend, daß der Nachtheil des verletzten Trauerjahrs und der dieser gleichgesetzten Handlungen ganz unbedenklich unter die absoluten Mängel der testamentifactio gebracht werden konnte.

Uebrigens bestimmte der K. Justinian in einer Constitution, daß es für die mulieres scenicae nicht einmal eines kaiserlichen Ehrenrescripts bedürfe, damit sie sich mit makellosen Personen verheirathen könnten, falls sie nur ihren Lebenswandel geändert hätten [64]). Eine sehr unklare Aeusserung Justinians in einer Novelle [65]) versteht man gewöhnlich so, daß der Kaiser das Verbot der Ehen von famosae mulieres mit Personen höheren Standes ganz aufgehoben habe [66]) In einer späteren Novelle äussert der Kaiser sich noch bestimmter darüber: es solle das Edict Constantins an den Gregorius

64) Den Inhalt dieser Constitution referirt Justinian in der L. 33. C. *de episc. audientia* (I. 4.), mit der Bemerkung, daß er dieselbe in das fünfte Buch seines Constitutionen-Codex habe aufnehmen lassen (also höchst wahrscheinlich in den Titel *de nuptiis*). Die Constitution selbst ist verloren gegangen; Statt deren hat denn Contius (dem die späteren Editoren gefolgt sind) die L. 33. C. *de episc. aud.* wieder als L. 29. C. *de nuptiis* abdrucken lassen. Vergleiche hierüber Heineccius ad Leg. Jul. et P. P. Lib. II. C. II. §. 5. p. 149 sq. Biener Geschichte der Novellen Justinians S. 176. Note *). Ebendersf. in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. VII. S. 304. Witte die leges restitutae des Justinianischen Codex S. 123. und S. 190 fg. Ein sehr dürftiger Auszug der verlornen Constitution findet sich in den Paratitl. collection. constit. ecclesiasticar; abgedruckt bei Witte a. a. O. S. 261 fg.

65) Nov. 89. c. 15. Vgl. mit L. 1. C. *de naturalib. liber.* (V. 27.).

66) Cujacii exposit. Novellar. ad Nov. 89. in f. (ed. Neapol. T. II. p. 1125.). Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. C. II. §. 5. in f. p. 151. — Vgl. übrigens Marezoll a. a. O. S. 235 fg.

(die L. 1. C. *de naturalib. liberis*), wodurch „mulierum conjunctiones, quas Constantini lex abjectas vocavit, ad quosdam dignitatibus decoratos“ verboten worden ſeien, auf keine Weiſe mehr gelten [67]). Bezieht man nun dieſe Beſtimmung auch auf die Heirathsbeſchränkungen aller famosae mulieres [68]), ſo ſind doch darum noch keineswegs die für dieſelben Statt findenden Succeſſionseinſchränkungen für aufgehoben zu achten [69]). Eben ſo wenig iſt ein Grund vorhanden, die Anwendbarkeit dieſer Beſtimmungen im heutigen Rechte zu läugnen [70]). Indeſſen iſt hier vor Allem zu berückſichtigen, daß ja nicht die eigentliche paſſive Teſtamentifactio den liederlichen Weibern entzogen war, ſondern nur das jus capiendi, und zwar aus dem Geſichtspuncte der Indignität; es fällt alſo die Frage nach der heutigen Anwendbarkeit im Grunde mit einer anderen zuſammen, welche hieher gar nicht gehört, mit der nämlich: ob die Beſtimmungen des Röm. Rechts über Indignität und das Ereptionsrecht des Fiscus überhaupt noch auf Geltung Anſpruch machen dürfen [71]). Erwägt man überdies, daß in den Schriften der Practiker, ſo

67) Nov. 117. C. 6.

68) Mit Recht bemerkt dagegen Marezoll a. a. O. S. 231 fgg., daß Conſtantins Geſetz blos das Eheverbot der Senatoren mit allen mulieres abjectae, nicht aber auch das aller makelloſen Perſonen mit den probrosae mulieres betreffe, weshalb man denn wohl annehmen dürfe, daß gerade in Anſehung der liederlichen Weibsperſonen alles beim Alten geblieben ſei.

69) Marezoll a. a. O. S. 245.

70) Vgl. Marezoll a. a. O. S. 398. Nr. 1.

71) S. hierüber beſonders Stryk in usu moderno Pandectar. Tit. *de his, quae ut indignis auferuntur.*

wie in den für den Unterricht bestimmten, diese Successionsbeschränkungen nicht einmal erwähnt werden [72]), so kann wohl die heutige Unanwendbarkeit derselben kaum zweifelhaft seyn.

Es gab aber auch blos relative Successionsbeschränkungen, welche durch verbotenen Geschlechtsumgang veranlaßt wurden. So konnten diejenigen, welche mit einander im Ehebruch gelebt hatten, einander nicht wirksam einsetzen [73]). Und noch weiter gieng die Beschränkung, welche eine Folge incestuöser Geschlechtsverbindungen war [74]). Selbst aber das gewöhnliche **stuprum** begründete eine ähnliche Einschränkung, indem der **stuprator** derjenigen Person, mit welcher er Unzucht gepflogen hatte, nichts hinterlassen durfte, was denn ebensowohl für Soldaten, wie für jeden Anderen galt. Hierauf geht eine Stelle aus Papinians drei und dreißigstem Buche der Quästionen: „**Mulierem, quae stupro cognita in contubernio militis fuit, etsi sacramento miles solutus intra annum mortem obierit, non admitti ad testamentum jure militiae factum, et id, quod relictum est, ad**

72) Sie kommen wohl bisweilen vor, so bei Voet ad Pand. Tit. de heredib. inst. §. 6.; pgl. auch Zimmern im Anhang zu seinem Grundr. des Erbrechts S. 82 fg.; allein nur aus dem Gesichtspuncte einer relativen Erbbeschränkung, wogegen doch im Römischen Rechte das jus capiendi feiler Weiber ganz allgemein beschränkt war.

73) L. 13. D. *de his quae ut indign.* (XXXIV. 9.). — Lauterbach colleg. theor. pract. h. t. §. VIII. Nr. 9. zählt diese Erbeinschränkung ganz mit Unrecht den absoluten bei.

74) L. 6. C. *de inc. nupt.* (V. 5.). Es wird hierüber das Nähere beim folgenden §., welcher von den relativen Erbeinschränkungen handelt, vorkommen.

fiscum pertinere, proxime tibi respondi“ [75]). Man darf dieſe Beſtimmung weder als ein nur für Soldaten geltendes jus singulare anſehen [76]), noch hierin eine abſolute Erbeinſchränkung der mulieres stupratae erblicken [77]). Letzteres verträgt ſich ſchon nicht mit der Strafbeſtimmung für Wittwen, welche innerhalb des Trauerjahrs ſich wieder verheirathen, oder Unzucht treiben. Denn wie könnte wohl für dieſe eine beſondere Strafe ſeyn, was für jede stuprata galt! Auch iſt eine der ſchwierigſten Pandektenſtellen [78]) am einfachſten zu erklären,

75) L. 14. D. *de his, quae ut indignis aufer.*

76) Als ſinguläres Recht für Soldaten könnte dieſe Einſchränkung nur betrachtet werden, wenn ſich nachweiſen ließe, daß ein Soldat entweder einer (von einem Anderen) ſtuprirten Perſon, oder ſeiner Concubine nichts habe hinterlaſſen dürfen. Allein die mulier quae stupro cognita in militis contubernio est, iſt hier die focaria militis (L. 2. C. *de don. int. vir. et uxor.* V. 16.), d. i. ſeine Haushälterin, mit welcher er in Unzucht lebt (ſ. Brissonius de V. S. v. focaria §. 2.), die alſo nicht eigentlich ſeine Concubine iſt. Hiefür ſoll alſo die gewöhnliche Beſchränkung Statt finden, d. h. der stuprator konnte der Perſon, mit welcher er lebte, nichts durch Teſtament zuwenden. Papinian wendet dies hier auf das Teſtament eines Soldaten an, welcher als Veteranus, aber noch innerhalb eines Jahres nach ſeiner Entlaſſung, ſtarb; daß das Nämliche aber auch für den Fall galt, wenn der Teſtirer als Soldat mit Tode abgieng, leidet keinen Zweifel. — Vgl. Cujacius mit *Papiniani* Lib. XXXIII. Quaest. ed. Neapol. T. IV. p. 801 sq. — S. auch oben den Text zur Note 58.

77) Dies ſcheint Marezoll anzunehmen, a. a. O. S. 240 fg.

78) L. 16. §. 1. D. *de his, quae ut indign. aufer.* (XXXIV. 9.). Papinianus Lib. VIII. Responsor.

wenn man davon ausgeht, daß der Testirer zwar seiner Concubine, nicht aber der Person, mit welcher er ein stuprum verübt hatte, etwas durch Testament zuwenden könne. Die Stelle ist bereits an einer anderen Stelle des Commentars unter Anführung einer reichen Literatur und zwar der Hauptsache nach, richtig erklärt [79]). Es wird daher hier fast nur einer kurzen und klaren Angabe ihres Inhalts bedürfen. — Der in der Stelle vorgetragene Rechtsfall muß (wie so häufig, besonders in den Responsen und Quästionen Papinians) aus den Entscheidungsgründen construirt werden. — Ein Senator (vir clarissimus), Namens Coccejus Cassianus, lebte im Concubinat mit einer gewissen Rufina, einer Freigebornen, die aber früher als meretrix publica ein Mädchen geboren hatte. Dies Kind nimmt der Coccejus Cassianus zu sich und setzt sie neben seiner Enkelin zur Erbin ein, der Rufina aber hinterläßt er ein Legat. Nun entsteht die Frage, ob das Vermächtniß giltig sei? Gegen die Giltigkeit wurde angeführt: der Geschlechtsumgang mit der Rufina müsse als stuprum betrachtet werden; und darum könne sie auch das von dem Erblasser ihr zugewandte Legat nicht erhalten. Gestützt wurde diese Voraussetzung darauf: die Rufina sei ja nicht Freigelassene des Cassianus, ja sie sei eine Freigeborne, folglich könne das factische Zusammenleben mit ihr nicht als Concubinat gelten [80]). Papinian

79) S. Bd. 28. §. 1295. S. 382—386. Note 65. Der Literatur ist noch beizufügen: *H. C.* Stever Spec. an e jure justinianeo patri incumbat onus alendi spurios (Rost. 1816.) p. 48—52.

80) L. 3. pr. D. *de concub.* (XXV. 7.). — Bd. 28. d. Comment. S. 376.

nun erwiedert hierauf: zur Concubine kann man ja nicht blos seine Freigelassene haben, sondern sogar eine Freigeborne, wenn man dies bei Eingehung der Verbindung vor Zeugen erklärt, oder dieselbe ihr weibliches Ehrenrecht durch liederlichen Lebenswandel verwirkt hat; dann gilt auch das factische Zusammenleben mit ihr als Concubinat, nicht aber als stuprum, oder m. a. W. sie ist eine Person, in quam stuprum von committitur [81]). Dies nun ist hier der Fall; denn ihr Kind war eine vulgo quaesita, also die Mutter eine Person, die man auch ohne testatio zur Concubine haben konnte. So erscheint denn also die Schlußfolgerung gerechtfertigt, welche der Jurist der Erörterung des Falls vorausgehen läßt: „Quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quae se non patroni concubinam esse patitur: ejus, qui concubinam habuit, quod testamento relictum est, actio non denegabitur;“ d. h: da nicht angenommen werden darf, daß jeder Geschlechtsumgang mit einer Person, die man nicht freigelassen hat, stuprum sei, so konnte auch in dem folgenden Falle einer Person, mit welcher der Erblasser ohne testatio im Concubinat gelebt hatte, die Klage aus dessen Testamente (oder auf das, was in seinem Testamente ihr zugewandt war) nicht verweigert werden [82]).

81) Vgl. L. 1. §. 1. L. 3. pr. D. *de concub.* L. 13. §. 2. D. ad *Leg. Jul. de adult.* (XLVIII. 5.).

82) Ganz verfehlt ist der Sinn der Stelle in der deutschen Uebersetzung des Corp. jur. Hiernach soll Papinian sagen, weil nicht angenommen werde, daß der Beischlaf mit einer Freigelassenen, welche nicht Concubine des Patrons habe werden wollen, gesetzwidrig sei, so könne derselben auch, wenn der Patron schon eine Concubine habe,

§. 1438 a.

II. Von den relativen Successionshindernissen.

Wir beginnen die Darstellung der relativen Successionshindernisse mit einer kurzen Erörterung des hieher gehörigen Capitels der **Lex Voconia de mulierum hereditatibus** aus dem J. 585. nach Roms Erbauung[83]). Eine ausführlichere Erörterung dieses so vielfach besprochenen Gegenstandes[84]) würde sich mit dem practischen

das im Testamente ihr Ausgesetzte nicht versagt werden. Abgesehen davon, daß hier etwas in die Worte hineingetragen wird, was schlechterdings darin nicht liegt, so ist es ganz unmöglich, den folgenden Satz damit in eine auch nur erträgliche Verbindung zu bringen.

83) Dies ist wenigstens die gewöhnliche Meinung, die freilich nicht unbezweifelt ist. S. Kind in der Note 84. angeführten Dissertation §. 3—5. Dagegen aber vertheidigt wieder die gemeine Meinung v. Savigny (s. die folg. Note) S. 220. — Statt des üblichen Namens der **Lex**, pflegt man dieselbe jetzt auch wohl **Lex Vocon. de mulier. heredit. *et legatis*** zu nennen (wegen ***Cic.*** de republ. Lib. III. c. 10. d. Ausg. von Majus: „alia nunc Manilius jura dicat esse de mulierum legatis et hereditatibus"). S. Hugo Rechtsgesch. Bd. I. S. 386. Z. 21 fg. d. XI. A. Indessen an einer anderen Stelle (or. pro ***Balbo***) bezeichnet Cicero sie schlechthin als **Lex de mulierum hereditatibus.**

84) Man vgl. hier folgende Schriftsteller: ***Fr.*** Balduinus de lege Voconia (in der jurisprud. Rom. et Att. T. I. p. 178—184.). ***Jac.*** Perizonius D. de lege Voconia (in Dissert. Triade. Daventr. 1679. Diss. II. p. 99 sqq.) ***Abr.*** Wieling lection. jur. civil. Lib. II. C. 19—27. ***Maur.*** Kind de Lege Voconia diss. Lips. 1820. v. Savigny über die Lex Voconia, in den Abhandlungen der historisch-philologischen Klasse der Königl. Preuß. Akademie der Wissenschaften aus den Jah-

Zweck des Commentars nicht vertragen, da die Lex Voconia lange vor Juſtinian auſſer Anwendung gekommen iſt. Zu den nur relativen Succeſſionsbeſchränkungen gehört aber die der Lex Voconia um deswillen, weil — ſo viele Fälle ſie auch umfaßte — das Geſetz doch die Frauen nicht von allem teſtamentariſchen Erbrechte ausſchloß, ſondern nur beſtimmte, daß ſie nicht aus Teſtamenten ſolcher Erblaſſer, welche über eine gewiſſe Vermögensſumme cenſirt ſeien, erben ſollten [85]). — Nach

ren 1820 — 1821. (Berlin 1822.), S. 219 — 233. *H.* Schultz de jure foeminarum Romanarum defuncto succedendi ab intestato et ex testamento etc. (eine Schrift, welche ich leider nicht erhalten konnte, ungeachtet ſie in den Annales acad. Rheno-Traj. von 1826 abgedruckt iſt). Cap. II.: Haſſe zur Lex Voconia; im Rhein Muſ. Bd. III. S. 183 — 214.

85) Gewöhnlich ſpricht man von der Lex Voconia bei den Gründen abſoluter teſtamentariſcher Erbunfähigkeit. So Schweppe Römiſche Rechtsgeſchichte und Rechtsalterthümer, §. 444. Nr. 1. (d. 3. A.). Hunger das Röm. Erbrecht §. 73. In den früheſten Zeiten gehörten allerdings die Frauen von ſelbſt zu den inſtitutionsunfähigen Perſonen. Bei den Mancipationsteſtamenten war der familiae emtor der Erbe ſelbſt (vgl. hierbei Bd. 38. d. Comment. S. 255 fg. Note 45.); fam. emtor aber konnte eine Frau nicht ſeyn. Wie es bei den Teſtamenten in calatis comitiis zuging, wiſſen wir freilich nicht mehr. Doch leidet es wohl kaum ein Bedenken, daß der Grundſatz: cum foeminis nulla comitiorum communio est (Gellius Noct. att. Lib. V. c. 19.) auch auf die Rechtsgeſchäfte ging, wobei eine Frau ſo unmittelbar intereſſirt iſt, wie der Erbe bei der Erbeseinſetzung. Dieſe mit den Teſtamentsformen ſelbſt zuſammenhängenden Beſchränkungen aber hatten ſchon vor der Lex Voconia aufgehört zu gelten. Haſſe a. a. O. S. 198.

glaubwürdigen Angaben der Quellen nun sollte kein Weib (Frau oder Jungfrau) von Jemandem, der hunderttausend Sestertien und darüber im Vermögen habe, zur Erbin eingesetzt [86]). Die Intestaterbfolge der Frauen war durch

86) Vergl. Cicero orat. Verr. I. c. 42. („qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginem, neve mulierem faceret"). Asconius Paedianus ad hanc orat. cap. 41. 43. Gaji inst. II. §. 274. Dio Cassius hist. Rom. Lib. 56. c. 10. — (Vergl. dazu v. Savigny a. a. O. S. 224.). — Nach einer Aeusserung Quinctilians (Declam. 264.) soll die Lex Voconia auch bestimmt haben: „ne liceat mulieri nisi dimidiam partem bonorum relinquere;" was man denn wohl so versteht: ein Vermächtniß könne man einer Frau zuwenden, nur dürfe es nicht mehr als die Hälfte des Nachlasses betragen (So auch Hasse a. a. O. S. 200. §. 9. Nr. 2. S. 201 fg. S. 209.). Dies wäre in der That höchst seltsam und mit dem Zwecke des Gesetzes kaum verträglich; es ist wohl mehr als wahrscheinlich, daß hiebei Begriffsverwechslungen und Mißverständnisse zu Grunde lägen. Wieling l. l. p. 223. v. Savigny a. a. O. S. 230. Das Capitel der Lex, welches von den Legaten handelte, beschränkte nicht blos die Successionsfähigkeit der Frauen, sondern gieng ganz allgemein dahin: es solle Niemand durch Vermächtnisse mehr erhalten, als der Erbe. S. Gaji inst. II. §. 226. Pr. Inst. *de Lege Falcidia* und dazu die Paraphrase des Theophilus; v. Savigny a. a. O. S. 231. Indessen wollen dennoch Manche auch dies Capitel nur auf die Frauen beziehen. So Schrader in der krit. Zeitschr. für Rechtsw. Bd. I. Heft 2. S. 135. a. E. u. fg. Kind diss. cit. Cap. V. §. 36 sqq. Die Gründe dafür können unmöglich genügen, da sie nur aus dem Zweck des Hauptcapitels unsres Gesetzes geschöpft sind. Daß aber auch das Capitel de legatis mit jenem Zwecke in einiger Verbindung steht, ist unverkennbar. Montes-

das Geſetz ſelbſt nicht eingeſchränkt [87]), durch interpretatio prudentum aber kam auch hier eine Beſchränkung auf, nämlich nur Deſcendentinnen (suae) und consanguineae, d. h. agnatiſche Schweſtern erbten ab intestato und dies wurde, wie Paulus ſagt, Voconiana (oder Voconia) ratione eingeführt [88]), — alſo nach der Analogie des Voconiſchen Geſetzes. In der That lag hier die Schlußfolgerung ſehr nahe: daß die Lex Voconia ebenfalls nur Weiber ultra consanguineas ausgeſchloſſen habe, was denn auch häufig angenommen iſt [89]). Allein wie verträgt es ſich damit, daß der Va-

quieu l'esprit des lois. Liv. XVII. ed. stereotype (à Paris) T. IV. p. 108.

87) Dies wird von Manchem behauptet, beſonders geſtützt auf die Lesart: idque Voconiana rogatione (ſtatt ratione) introductum, in Paulli sent. rec. Lib. IV. Tit. VIII., oder collat. Leg. Mosaicar. et Romanar. (Lex Dei) Tit. XVI. Cap. III. §. 20. d. Ausg. von Blume. Kind diss. cit. (§. 49—53.) welcher dies ebenfalls behauptet, gründet darauf ſogar den Verſuch einer Wiederherſtellung dieſes angeblichen Capitels der Lex Voconia (p. 61.). S. dagegen aber beſonders v. Savigny a. a. O. S. 232 fg. Vgl. M. E. Euler über die Beſchränkung des Inteſtaterbrechts der Weiber bei den Römern (hinter Burchardis Grundzüge des Rechtsſyſtems der Römer, Bonn 1822. S. 298 fg.) S. 300.

88) Paulli sent. rec. Lib. IV. Tit. VIII. §. 22. oder collatio (Lex Dei) Tit. XVI. Cap. III. §. 20. „Foeminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur, idque *jure civili Voconiana ratione* (al. rogatione, narratione) videtur effectum.“ — Vgl. hierbei unten die Note 98.

89) Auch noch bei Hugo (Rechtsgeſch. S. 388. Z. 24 fgg.) findet ſich dieſe Anſicht, die beſonders früher ſehr beliebt

ter nicht einmal seine einzige Tochter einsetzen konnte? wie dies insonderheit Cicero und der Kirchenvater Augustinus bezeugen [90]). Und auch hiermit scheint im Widerspruch zu stehen, wenn Philus bei Cicero bemerkt, die einzige Tochter könne man zur Erbin haben [91])? Ein sehr schlechter Nothbehelf ist es, wenn man bei Augustinus Statt: *nec* unicam filiam lesen will: *nisi* unicam filiam [92]). Auch wäre dadurch ja nicht die Schwierigkeit beseitigt, welche sich aus den (Note 90.) angeführten Stellen Cicero's für die Ansicht ergiebt, daß man auch die einzige Tochter nicht habe einsetzen dürfen. Der gewöhnlichste Ausweg ist, daß man annimmt, die Stellen, wonach dem Vater nicht einmal die Einsetzung der eignen Tochter verstattet gewesen sei, müßten auf eine cognatische Tochter bezogen werden, also auf

war. S. die bei Kind diss. cit. §. 49. Note 68. angef. Schriftsteller.

90) Cicero orat. in Verr. I. c. 41.; ein gewisser Annius Asellus hatte seine einzige Tochter zur Erbin eingesetzt. Cicero erklärt, daß die Lex Voconia hier nicht anwendbar, folglich die Einsetzung giltig sei, jedoch lediglich aus dem Grunde, weil der Erblasser nicht censirt sei. Vergl. ebendas. Cap. 43. Analog ist auch der Fall, welchen Cicero de finib. II. c. 17. u. 18. vorträgt (S. Hasse a. a. O. S. 192. u. das. die Note 21.). — Augustinus de civitate Dei. III. c. 21. — „ne quis heredem foeminam faceret, *nec unicam filiam*." Daß dies indessen die buchstäbliche Fassung der Lex Voconia gewesen sei, wie man aus der Form der Relation bei Augustinus fast schliessen könnte, darf schwerlich angenommen werden.

91) Cic. de republ. Lib. III. c. 10. (S. unten die Note 100.).

92) S. die not. crit. (a) ad h. l. bei Majus.

eine emancipirte, in Adoption gegebene, in manu mariti befindliche [93]). Dies würde sich nun sehr wohl damit vertragen, daß nach der Lex Voconia nur agnatische Descendentinnen und Schwestern hätten eingesetzt werden dürfen, nicht aber mit der Stelle, welche (so wie man sie wenigstens gewöhnlich versteht) nur die Einsetzung der einzigen Tochter gestattet. Auch hat jene Voraussetzung sonst noch Vieles gegen sich. Von einer emancipirten Tochter können die Stellen bei Cicero nicht verstanden werden; denn zu Cicero's Zeit war schon das prätorische Edict vorhanden, wodurch emancipirte Descendenten in der Erbfolge den in der Gewalt Befindlichen wesentlich gleich gestellt wurden [93 a]). Wenn also agnatische Descendentinnen eingesetzt werden konnten, so würde der Prätor gewiß auch die Erbeseinsetzung der emancipirten Tochter aufrecht erhalten haben. Gegen die Annahme, daß an eine in manu mariti befindliche Tochter gedacht werden müsse, spricht der Umstand, das das Mädchen, dessen in einer der Stellen bei Cicero gedacht wird, noch unmündig war [94]); und war der gewiß höchst seltene Fall hier gemeint, daß ein reicher Mann seine unmündige Tochter in Adoption gab, so wäre dies in einer Rede Cicero's, worin die Thatsache, welche einen Anklagepunct gegen den Verres bilden sollte, mit so großer Ausführlichkeit vorgetragen wurde, schwerlich mit Still-

93) Vgl. Hugo a. a. O. S. 392. Note 7. a. E. und v. Savigny a. a. O. S. 234 fg.

93 a) S. Forster de bonorum poss. liberor. praeterit. contra tab. parent. p. 25 sq.

94) Or. Verr. I. c. 41., wo sie mehrmals pupilla genannt wird.

ſchweigen übergangen worden [95]). Und ſollte überhaupt in keiner der Stellen, welche die Einſetzung der eignen Tochter für geſetzwidrig erklären [96]), ein ſo weſentlicher Umſtand hervorgehoben worden ſeyn, daß damit nur cognatiſche Töchter gemeint ſeien? — Am einfachſten löſen ſich die Schwierigkeiten wohl auf folgende Art: Voconius wollte nicht den Frauen allen Vermögenserwerb durch Erbſchaften entziehen, nur eine Quelle dieſes Erwerbs ſuchte er zu vermindern, indem er beſtimmte: daß fortan Niemand, der zu 100,000 Seſtertien und darüber beim nächſten Cenſus geſchätzt worden würde, eine Frau zur Erbin einſetzen ſolle [97]). An ein Teſtament des Vaters oder der Mutter, und überhaupt verwandter Perſonen, war dabei ſchwerlich gedacht, da Voconius die Inteſtaterbfolge der Frauen überall nicht beſchränkte, was doch wohl geſchehen ſeyn würde, falls er die Frauen auch von der teſtamentariſchen Beerbung reicher Verwandten hätte ausſchließen wollen. Indeſſen der geſetzliche Ausdruck umfaßte alle Erblaſſer, und ſo glaubte man denn auch die eignen Eltern der Erbin bei der Anwendung des Geſetzes nicht ausſchließen zu dürfen. Die Juriſten dehnten nun — nicht den buchſtäblichen Inhalt der Lex, ſondern das legislative Prinzip, worauf ſie beruhete (die Voconiana ratio), auch auf die Inteſtaterbfolge aus: der Erwerb von Reichthümern durch Beer-

95) Vgl. hier inſonderheit Haſſe a. a. O. S. 195 fg.

96) Direct enthalten dies die Stellen bei Asconius (Note 86.) und Auguſtinus (Note 90.). Vorausgeſetzt wird es in den Stellen von Cicero.

97) Ueber den anſcheinenden Widerſpruch zwiſchen der Angabe von Caſſius Dio und anderen Schriftſtellern ſ. Savigny a. a. O. S. 224.

bungen ſollte den Frauen nicht entzogen, ſondern für dieſelben nur eingeſchränkt werden [98]). Dabei gieng man denn auf der einen Seite weiter, wie das Geſetz, indem zwiſchen reichen und weniger reichen Erblaſſern nicht unterſchieden wurde; auf der anderen aber berückſichtigte man die natürliche Billigkeit: von der Inteſtatſucceſſion ihrer allernächſten Verwandten ſollten Frauenzimmer nicht ausgeſchloſſen ſeyn. Nun aber offenbarte ſich deutlich, zu welcher Inconſequenz die buchſtäbliche Anwendung des Geſetzes führte: ab intestato konnte eine Tochter auch den reichſten Vater beerben, ſetzte er ſie aber zur Erbin ein,

98) S. Balduinus l. l. p. 182. Perizonius diss. cit. p. 108 sqq. v. Savigny a. a. O. S. 235. a. E. fg. Haſſe a. a. O. S. 187 fgg. Euler in der angef. Abhandl. S. 303. — Dieſe Schriftſteller, und noch manche andere, ſtimmen darin miteinander überein, daß nicht der Inhalt des Geſetzes ſelbſt auf die Inteſtaterbfolge angewandt ſei, ſondern Paullus in der oben (Note 88.) angeführten Stelle nur ſage: man ſei bei der Beſchränkung der Inteſtaterbfolge von gleichen Grundſätzen oder Anſichten ausgegangen. So konnte denn allerdings dieſe Beſchränkung älter ſeyn, wie die Lex Voconia ſelbſt. Allein immer iſt dies kein hinreichender Grund, um anzunehmen, daß ſie auch wirklich älter ſei. Euler, welcher dies behauptet, führt auch noch den Grund an, daß bei den Römern nicht leicht ein Schluß von der teſtamentariſchen auf die Inteſtaterbfolge vorkomme (a. a. O. S. 305.). Allein dies Argument iſt ebenfalls viel zu allgemein und unbeſtimmt, um die Vorausſetzung zu rechtfertigen, daß jene Aeuſſerung von Paullus hier anders zu verſtehen ſei, wie gewöhnlich, wenn es heißt: es liege die ratio eines Rechtsſatzes einem andern zu Grunde. — Vergl. noch Band 36. d. Comment. S. 166 fg. Note 65.

ein, und belaſtete ſie mit Vermächtniſſen, ſo galt die Einſetzung nicht, ſondern ſie bekam als Inteſtaterbin das ganze Vermögen ohne Abzug [99])! Dieſe Inconſequenz ſucht nun Philus in ſeiner Declamation gegen das Voconiſche Geſetz durch eine etwas andere Wendung hervorzuheben: der reiche Craſſus (ſagt er) kann ſeiner einzigen Tochter ſein ganzes Vermögen hinterlaſſen, ich dagegen kann keine meiner Töchter zur Erbin einſetzen [100]). Daß Craſſus ſeine einzige Tochter habe einſetzen können und nur ein Vater, welcher mehrere Töchter habe, dies nicht thun dürfe, ſagt er keineswegs, ſondern er macht nur auf den inneren Widerſpruch aufmerkſam, welcher darin liege, daß die Tochter des Erſteren das unermeßliche Vermögen allein erhalten könne („posset *habere*"), Craſſus alſo ſein unermeßliches Vermögen ſelbſt ſeiner einzigen Tochter hinterlaſſen könne, ein minder begüterter Mann aber, auch wenn er mehrere Töchter habe, dieſen einen verhältnißmäßigen Erbtheil nicht einmal durch Erbeinſetzung zuwenden dürfe [1]).

99) S. Kind diss. cit. §. 48. p. 55 sq. — Auf den Grund einer Aeuſſerung von Plinius (Panegyr. cap. 42.) nehmen übrigens Manche an, daß der Erbtheil einer eingeſetzten Frau an das Aerarium gefallen ſei; ſo Baldüinus l. l. p. 181. (welcher aber glaubt, es ſei dies erſt durch die Lex Jul. et Pap. Popp. ſo beſtimmt worden, und eben ſo Perizonius diss. cit. p. 152 sq.), und Wieling l. l. p. 223. Gegen dieſe Meinung erklärt ſich aber aus guten Gründen Kind diss. cit. §. 44—46.

100) Cicero de republ. Lib. III. c. 10. „Cur autem, si pecuniae modus statuendus fuit foeminis, P. Crassi filia posset habere, si unica patris esset, aeris millies, salva lege; mea tricies non posset." —

1) Haſſe a. a. O. S. 186 u. S. 214. (§. 20.). — Philus

Was dem Philus erwiedert wurde, wissen wir nicht, da sich hier gerade eine Lücke bei Cicero findet. Ohne Zweifel eine Apologie des Gesetzes. Doch konnte sich diese immer nur darauf stützen, daß Voconius ja überall nicht beabsichtiget habe, den Frauen die Erbfähigkeit zu entziehen, sondern nur dem Erwerb zu großer Reichthümer für dieselben Schranken zu setzen, und dieser Zweck gewiß auch vielfältig durch sein Gesetz erreicht worden sei. Denn daß die buchstäbliche Anwendung des Voconischen Gesetzes zu allerlei seltsamen Resultaten führe, kann selbst von Denen nicht geläugnet werden, welche sonst sehr geneigt sind, dem practischen Tacte und der weisen Mäßigung des Voconius eine Lobrede zu halten [2]). Fügen wir nur zu dem, was vorhin darüber schon vorgekommen ist, noch das jus accrescendi präterirter Töchter [3]) hinzu, — vorausgesetzt, daß dies schon zur Zeit der Erlassung des Voconischen Gesetzes galt. — Ein Mann, welcher z. B. eine Tochter hatte und neben dieser einen Extraneus als Miterben einsetzen wollte, konnte dies durch Testament geradezu nicht bewirken; denn setzte er die Tochter ein, so galt diese Einsetzung nicht, sondern Alles kam an den Miterben. Aber er durfte nur diesen allein einsetzen und die Tochter präteriren; dann erreichte er ge-

hätte auch sagen können: Jemand, der zu hunderttausend Asses censirt ist und viele Töchter hat, kann diese nicht zu Erben einsetzen (v. Savigny a. a. O. S. 222.), wenngleich der Erbtheil eines Jeden höchst unbedeutend seyn würde, wer etwas weniger, aber nur eine Tochter hat, kann dieser Alles zuwenden.

2) Hasse a. a. O. S. 197 — 200. S. 208.

3) Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 17. S. hierüber Bd. 36. d. Comment. S. 339 fgg.

nau das, was er eigentlich wollte, und nur nicht aussprechen durfte: die präterirte Tochter accrescirte dem Testamentserben auf die Hälfte der ganzen Verlassenschaft. Was man zur Beseitigung dieser innern Widersprüche gesagt hat, wird allemal höchst gesucht, mithin ungenügend erscheinen [4]). Nur auf dem Wege ist eine Vertheidigung des Gesetzes möglich, daß man davon ausgeht: es wollte die Frauen nur von den Erbschaften ausschliessen, welche sie lediglich durch Testament, nicht ab intestato erhalten konnten. Daß ein Erblasser, der eine Frauensperson ohnehin zur Erbin haben konnte, dies auch noch durch ein Testament erklären würde, fiel dem Urheber des Gesetzes nicht ein. Indessen hiernach die Anwendung des Gesetzes einschränken zu wollen, wäre allerdings im höchsten Grade bedenklich gewesen, und so begnügte man sich denn mit einem, mehr oder weniger indirecten Tadel seiner Fassung. In einer anderen Beziehung hätte sich dagegen eine über den Buchstaben des Gesetzes hinausgehende Anwendung desselben sehr füglich rechtfertigen lassen. Das Gesetz hatte gesagt: Wer von den nächstfolgenden Censoren auf so oder so hoch geschätzt seyn wird, soll keine Frau oder Jungfrau zur Erbin einsetzen dürfen. Dieß hieß doch wohl mit anderen Worten soviel: Wer ein Vermögen von dieser Größe hat, angerechnet von der nächsten Censur, soll keine Frau u. s. w. einsetzen dürfen. So wurde das Gesetz auch von den Römern selbst verstanden [5]), und so würde man es denn auch angewendet haben, wäre das Gesetz überhaupt beliebt gewesen, was

4) Vgl. Savigny a. a. O. S. 233—234. (bis zur Mitte) und Hasse a. a. O. S. 208—210.

5) S. Asconius Pædianus ad Verr. I. c. 41. 43. und Gaji inst. II. §. 274.

es aber nicht war [6]). Darum hielte man ſich denn auch hier an den Buchſtaben, — nahm mithin an: wer nicht cenſirt ſei (alſo auch ſelbſt, wer pflichtwidrig den Cenſus umgangen hatte), ſei an die Beſtimmung des Geſetzes nicht gebunden. Deshalb macht Cicero dem Prätor Verres einen Vorwurf daraus, daß dieſer ein Edict aufſtellte, wonach das Geſetz auch auf Nichtcenſirte bezogen wurde [7]). So verdient auch in anderer Hinſicht dieſer Vorwurf war [8]), jene Auslegung des Geſetzes verdiente ihn gewiß nicht, und bei einem mehr populären Geſetze würde kein Prätor Bedenken getragen haben, es in dieſem Sinne zu nehmen [9]).

6) Zwar heißt es bei *A.* Gellius (Noct. Att. Lib. XX. C. 1.): „quid utilius plebisscito Voconio de coercendis mulierum hereditatibus?“ Indeſſen ſchon die Leichtigkeit, mit welcher man ſich über das Geſetz hinausſetzte, da, wo nur der Buchſtabe deſſelben nicht zutraf, wenn auch offenbar gegen deſſen Sinn gehandelt war (ſ. das im Text folgende), beweiſt, daß man ſchon früher ſo dachte, wie der Kirchenvater Auguſtinus, wenn er (a. a. O.) ſagt: „Qua lege quid iniquius dici vel cogitari possit, ignoro.“ Auch äuſſert ſich auf ähnliche Art Philus bei Cicero de republ. III. 10.

7) Or. in Verr. I. c. 41. 42.

8) Er hatte, oder wollte doch, ſich beſtechen laſſen, auch bezeugte die Faſſung des Edicts („qui ab A. Postumio — — facit *fecerit*“), daß Verres, wohl wiſſend, daß ſein Edict gegen die Uſualinterpretation der Lex war, daſſelbe wider alle rechtliche Ordnung auf vergangene Fälle zu beziehen ſuchte. — Vgl. Savigny a. a. O. S. 225 fgg. Haſſe a. a. O. S. 193 fgg. (Note 22.).

9) Montesquieu a. a. O. (S. 109.) nennt dies Hangen am Buchſtaben geradezu (und zwar mit Recht) ein Eludiren

Noch zu Cicero's Zeit konnte man das Gesetz auch nicht durch fideicommissarische Anordnungen umgehen [10]; denn Fideicommisse als rechtsgiltige Verfügungen waren damals noch unbekannt. Später änderte sich dies. „Mulier (sagt Gajus) quae ab eo, qui centum millia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest“ [11]. Und gewiß galt dies schon von der Zeit an, wo den Fideicommissen rechtliche Wirkungen beigelegt wurden, also seit Augustus [12]. Allein auch directe Einschränkungen des Gesetzes kamen schon sehr früh auf, insbesondere durch das Papische Gesetz, wonach Frauen mit drei Kindern vollkommen erbfähig waren [13]. Als in der Folge (unter den christlichen Kaisern) das jus liberorum allen Frauen mitgetheilt wurde [14], fiel die Anwendung des Gesetzes von selbst weg, wenn es überhaupt damals noch galt, was sehr unwahrscheinlich ist, da der Census in der alten Art längst nicht mehr vorkam; ein so wenig begünstigtes Gesetz, welches

des Gesetzes; („Ceci fournit un pretexte pour eluder la loi. — — Il y eut des pères, qui ne se firent point inscrire dans le cens, — et les préteurs jugèrent qu'on ne violoit point la loi Voconienne, puisqu'on n'en violoit point la lettre.“

10) Zum Beweise dient der von ihm in der Schrift de finibus bonor. et malor. Lib. II. c. 17. erzählte Fall. Vergl. Kind diss. cit. §. 34. v. Savigny a. a. O. S. 229 fg.

11) Gaji inst. II. §. 274.

12) Pr. I. *de codicillis.* — Kind diss. cit. §. 35.

13) Kind diss. cit. §. 63. 64. Savigny a. a. O. S. 236 fg.

14) L. 2. C. *de jure liberor.* (VIII. 59.).

man nun einmal nur buchstäblich anwenden wollte, mußte dadurch ohne Weiteres seine Giltigkeit verlieren [15]).

Uebrigens darf nicht unbemerkt bleiben, daß für die Vestalischen Jungfrauen, aller Wahrscheinlichkeit nach, Ausnahmen von dem Voconischen Gesetze Statt fanden. Geradezu war dies wohl nicht in dem Gesetz bestimmt, ja es fehlt sogar an einem directen Beweise hiefür, dieser beruht vielmehr nur auf einigen Stellen, welche, in Verbindung mit den sonst bekannten großen Vorrechten der Vestalinnen, wenigstens einen Wahrscheinlichkeitsschluß begründen. Diese Ausnahmen nun bezogen sich erstlich auf die Testamente der Vestalinnen: sie konnten auch Frauen im Testamente zu Erbinnen einsetzen. Dies ergiebt sich aus Cicero de republica (III. 10.), wo Philus von der Lex Voconia sagt: sie sei „utilitatis virorum gratia rogata in mulieres plena injuriae," und unmittelbar darauf so fortfährt: „Cur enim pecuniam non habeat mulier? *cur virgini Vestali sit heres, non sit matri suae?*" Betrachtet man die letzte Frage für sich, oder ausser ihrem Zusammenhange mit der ganzen Rede, so liegt darin nur eine Anerkennung der Testirfähigkeit Vestalischer Jungfrauen [16]): sie konnten testiren, zu einer Zeit, wo andere Frauen es überhaupt noch nicht durften [17]), und als Alle dies Recht

15) Vgl. Kind diss. cit. §. 64.; dagegen aber v. Savigny a. a. O. S. 237.

16) Dafür ist denn diese Stelle auch an einem anderen Orte d. Comment. bereits angeführt, nämlich Bd. 33. S. 407. Note 6.

17) Gellius Noct. att. Lib. I. c. 12. knüpft dies Recht an den uralten ritus des capere virgines vestales, oder ihrer Inauguration. Durch eine lex Horatia (nach der

hatten, so übten die Vestalinnen es selbstständig aus, wogegen andere regelmäßig dabei an tutoris auctoritas gebunden waren [18]). Indessen wäre es ein seltsamer, kaum erklärbarer Ideen-Sprung, wenn Cicero nur hieran gedacht hätte. Viel näher liegt es, daß er den Philus auf folgende Art argumentiren läßt: Warum soll denn eine Frau kein Vermögen haben? Und steht ja einer Vestalin es frei, sich beliebig einen Erben (also auch eine Erbin) zu ernennen [19]); warum soll denn ihre Mutter kein gleiches Recht haben? — Immer behält freilich die Erwähnung der Mutter etwas Auffallendes; es hätte eben so gut auch der Vater genannt werden können, welcher ja gleichfalls keine Erbin ernennen konnte. Indessen darf man nicht übersehen, daß es dem Redner darauf ankam, die Unbilligkeit des Gesetzes recht augenfällig zu machen.

gewöhnlichen Annahme aus d. J. 245. p. u. c. also doch immer vor den XII Tafeln) wurde die Vestalin Tarratia ausnamsweise für testabilis erklärt (Gellius N. A. Lib. VI. c. 7.); dieser Ausdruck darf hier wohl aber nur auf das Recht bezogen werden, bei Manzipationshandlungen Zeuge zu seyn. S. Marezoll über hie bürgerliche Ehre S. 87. Dirksen Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts S. 239 fg. Zimmern Römische Rechtsgeschichte. Bd. I. S. 924. Note 20. — Vgl. auch Bd. 34. d. Comment. S. 233.

18) Gaji inst. I. §. 115 a. u. 145. Vgl. Bd. 33. d. Comment. S. 407 fgg.

19) Hasse a. a. O. S. 213. setzt dies Recht damit in Verbindung, daß die Vestalinnen überall nicht ab intestato hätten beerbt werden können; um es ihnen daher möglich zu machen, ihre Verwandten weiblichen Geschlechts zu Erben einzusetzen, habe man ihr Testament überhaupt von der Beschränkung des Voconischen Gesetzes befreit.

Dies führt ihn denn gewissermassen von selbst auf die Verschiedenheit, welche zwischen Frauen und Frauen bestand, und die Gegenüberstellung des Rechts der Tochter und der Mutter gab wenigstens einen glänzenden Gegensatz: warum darf, was der Tochter gestattet ist, denn die Mutter nicht thun? Auch wurde dadurch wohl auf die zweite Ausnahme hingedeutet, nämlich auf das Recht der Vestalinnen, zu Erbinnen eingesetzt werden zu können [20]). Doch darf man sich dafür vielleicht auch auf die Stelle in den Noct. Att. von A. Gellius berufen, wo er von dem ritus capiendae virginis Vestalis spricht (I. 12.), und einen Satz aus den Commentarien von Labeo über die Zwölftafelgesetze anführt, welcher so gelautet habe: „Virgo vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatae quisquam, sed bona ejus in publicum redigi ajunt: id quo jure fiat, quaeritur.“ — Also die Vestalin hat weder Intestaterben, noch erbt sie ab intestato. Darauf läßt sich nun freilich noch kein sicheres argumentum a contrario gründen, daß sie testamentarisches, und zwar ein ganz unbedingtes testamentarisches Erbrecht gehabt habe. Allein ist es wohl glaublich, daß ihr dies Recht entzogen war, ohne daß es ihren nächsten Verwandten möglich wurde, sie im Testamente einzusetzen? Ließ man aber dies zu,

20) Dieser Meinung ist auch Hasse a. a. O. S. 214. Nr. 2. Man darf nur nicht vergessen, daß Philus oder Cicero hier eigentlich von der beschränkten Erbfähigkeit der Frauen nach der Lex Voconia spricht. Wenn er nun fragt: warum soll eine Frau kein Vermögen haben und dabei das besondere Recht der Vestalinnen berührt, so dachte er doch wohl zunächst an deren Erbfähigkeit. Und dabei fällt ihm denn auch das Recht der freien Erbeinsetzung einer Vestalin ein.

ſo konnte man das Recht, zu ihren Gunſten zu teſtiren, nicht füglich auf die nächſten Verwandten beſchränken; denn ein agnatiſches Erbrecht ſoll ihr überhaupt nicht, weder mittelbar noch unmittelbar zuſtehen. Und gewiß liegt der Schluß noch viel näher, daß man ihr aus dieſem Grunde die unbeſchränkte Erbfähigkeit zugeſtanden habe, als daß ſie darum für berechtigt gehalten ſei, andere Frauen zu Erben einzuſetzen [21]). — Der Grund übrigens, weshalb ſie ab intestato weder erben noch beerbt werden konnte, liegt darin, daß ſie aus der Familie und der gens ganz heraustrat [22]). Dies konnte auch nie zweifelhaft ſeyn. Das „id, quo jure quaeritur“ bezieht ſich daher nur auf den Grund des Anfalls ihres Vermögens an das Aerarium, wenn ſie ohne Teſtament ſtarb. Wollte nun Labeo damit ſagen: dem Erwerbrechte des Aerarium fehlt es an einem genügenden Grunde, oder nur: es iſt ſtreitig, auf welchem Grunde es beruht? Beides iſt möglich [23]). Doch darf, wenn Labeo auch

21) S. die Note 19. — Für die Erbfähigkeit der Veſtalinnen erklärt ſich auch *S.* Gratama over de Regten van de Vestaalsche Maagden; Bijdragen tot Regtsgeleerdheid en Wetgeving door *C. A. den* Tex en *J. van* Hall. Deel III. Amsterd. 1828. p. 292. Eine eigentliche Erörterung darüber findet ſich aber hier nicht.

22) Gratama in der angef. Abhandl. über das Recht der Veſtaliſchen Jungfrauen (ſ. die vorhergehende Note) p. 292 fgg. *A.* G. Cramer Pr. ad *Gellium* Excursus IV. (Kil. 1832.) p. 70 sq.

23) Dafür ſcheinen die Worte „redigi ajunt,“ zu ſprechen. *C. A.* Schmidt comment. (praemio ornata) de successione fisci in bona vacantia ex jure Romano (Jen. 1836.) p. 6. Vgl. Gratama l. l. p. 299 fg.

das Erstere sagen wollte, darum noch nicht angenommen werden, das Recht des Aerarium oder Fiscus (wie es später hieß) auf die bona vacantia sei erst durch die Lex Julia et Papia Poppaea eingeführt [24]); nur fehlte es bis dahin an festen und bestimmten Regeln für das Recht des Fiscus, eine hereditas vacans einzuziehen. Man fragte daher auch in den Fällen, wofür das Vindicationsrecht des Aerarium anerkannt war, nach dem besonderen Rechtsgrunde, worauf dasselbe beruhete. Dieser konnte entweder auf ausdrücklichen Gesetzen beruhen [25]),

24) Regelmäßig konnte eine vacante Erbschaft von Jedem occupirt und durch pro herede usucapio dem Occupirenden erworben werden; daß dies aber unbedingt gegolten habe und erst durch das Papische Gesetz abgeändert worden sei (wie auch noch v. Schröter, zu der Lehre von den bona vacantia, in der Zeitschr. für Civilr. und Prozeß Bd. X. S. 90 fg. annimmt), wird schon durch die obige Relation des Gellius widerlegt.

25) Mit Recht erklärt sich Gratama a. a. O. S. 293. gegen die Meinung, daß dem Aerarium das Recht auf das Vermögen einer ohne Testament verstorbenen Vestalin durch das Zwölftafelgesetz gegeben sei; denn wie hätte alsdann Labeo nach dem Rechtsgrunde fragen können! Cramer l. l. p. 73 sq. glaubt übrigens, daß die Worte: id, quo jure quaeritur, weder dem Labeo noch dem Gellius zugeschrieben werden könnten, sondern die Aeusserung eines superklugen Commentators (scioli cujusdam) seien, indem ein Römer über den Rechtsgrund nicht wohl habe im Zweifel seyn können. Indessen er selbst giebt ja seine Meinung über den Rechtsgrund für eine bloße Hypothese, und warum sollte denn nicht auch ein römischer Jurist hier, wie in anderen Fällen (vgl. z. B. Gaji inst. I. §. 4. IV. §. 20.) über den Grund eines sonst anerkannten Rechtssatzes im Zweifel gewesen seyn?

oder in dem persönlichen Verhältnisse des Verstorbenen seinen Grund haben. Letzteres nun ist hier der höchstwahrscheinliche Fall. Die Vestalischen Jungfrauen wurden vom Pontifex maximus eingefangen (capiebantur); dieser Inaugurationsritus deutet sehr bestimmt darauf hin, daß sie gewissermassen als leibeigen dem Tempel der Vesta oder dem Staate verfallen waren, weshalb denn auch ihr Vermögen diesem eigentlich gehörte. So wie indessen ein servus populi Romani über die Hälfte des von ihm erworbenen Guts durch Testament verfügen durfte [26]), und Haussöhne, die doch sonst dem Vater Alles erwarben, ein freies Vermögen (castrense und quasi castrense peculium) haben und darüber frei verfügen konnten, — so verhielt es sich auch hier: die Vestalischen Jungfrauen hatten volle Gewalt über ihr Vermögen und konnten ohne alle Einschränkung darüber durch Testament verfügen; hatten sie dies aber nicht gethan, so war ihr Vermögen der Staatscasse verfallen, gerade so wie der Vater das peculium castrense des ohne Testament verstorbenen Kindes jure peculii einzog [27]). — Daß übrigens ein gleiches

26) Ulpiani Fragm. Tit. XX. §. 16. — S. hiezu *F. A.* Schilling animadversion. criticar. ad Ulpiani Fragm. Spec. IV. (Lips. 1831.) p. 19.

27) L. 2. L. 9. D. *de castr. pec.* (XLIX. 17.). — Die im Texte vorgetragene Ansicht ist zuerst ausgeführt von Cramer in dem angeführten Programm p. 72 fg. Wenn der Verf. übrigens von dieser Stelle des Labeo sagt: es herrsche darüber „*altum silentium* eorum, qui nostra aetate Romanae jurisprudentiae historiam tot commentariis, partim ornare, partim onerare voluerint“ (p. 70.), so kann man diesem doch nicht unbedingt beistimmen. Dem Verf. war die, fast ein Lustrum früher erschienene Abhandlung von Gratama (over de Regten

Recht für die flamines diales und andere höhere Priester galt, darf wohl nicht bezweifelt werden, da sie auf ähnliche Art inaugurirt wurden, wie die Vestalinnen, und ihrer auch gerade da gedacht wird, wo von dem Anfall des Vermögens der intestata gestorbenen Vestalin an die Staatscasse die Rede ist [28]).

Wenden wir uns nunmehr zu den relativen Successionshindernissen, welche noch im neuesten Röm. Recht als geltend genannt werden. Es gehören dahin folgende:

1) das Verbot den princeps litis causa zum Erben einzusetzen. Eine Hauptstelle hierüber lautet so: „Eadem oratione expressit (*D. Pertinax*), non admissurum se hereditatem ejus, qui litis causa principem reliquerit heredem; neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum, neque ex nuda voce heredis nomen admissurum, neque ex ulla scriptura, quibus juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum haec divi quoque Severus et Antoninus saepissime rescripserunt: licet enim (inquiunt) legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus“ [29]). —

van de Vestaalsche Maagden in den Bijdragen vom J. 1828.) unbekannt geblieben, worin übrigens ebenfalls darüber geklagt wird, daß man dieser wichtigen Stelle so wenig Aufmerksamkeit gewidmet habe (p. 566. „Deze plaats van Labeo bij Gellius schijnt de aandacht der geleerden nit veel tot zich de hebben getrokken“). Doch befriedigt die Erklärung von Gratama weniger, wie die von Cramer.

28) Gellius N. A. Lib. I. c. 12. — Vgl. Dernburg Beiträge zur Gesch. der Röm. Testamente S. 58 fgg.

29) §. 8. I. *quib. mod. test. infirm.* — Vgl. überhaupt *Lüder* Menckeн (resp. Dietrico). Sp. de principe

Bisweilen wird dies Verbot überall nicht einmal erwähnt [30]), und dadurch ein stillschweigendes Urtheil über dessen practische Geltung ausgesprochen, häufig findet sich der Satz: princeps litis causa heres institui nequit, ohne eigentliche Erklärung [31]), oder es heißt auch wohl ganz allgemein: der Landesherr könne wegen eines Prozesses nicht eingesetzt werden [32]). Die gewöhnliche (bei Manchen auch ausdrücklich ausgesprochene) Vorstellung von diesem Verbote ist: wer einen Prozeß habe, oder zu bekommen fürchte, der dürfe den Landesherrn nicht in der böslichen Absicht zum Erben einsetzen, daß derselbe den Prozeß mit dem Gegner führe und diesem dadurch sein

litis causa herede instituto. Lips. 1703. (in dessen sel. dissert. jurid. Nr. XXIV. *Nic. Hier.* Gundling de principe herede ex testamento civium. Hal. 1721. (in dessen exercitt. academ. Nr. XI.). S. auch unten die Note 35.

30) So namentlich nicht bei Thibaut Pandekten. Bd. II. §. 944.

31) S. z. B. Hofacker princip. jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1290. a. E. Günther principia juris Rom. priv. noviss. T. II. §. 735. I. B. 4. Meine doctr. Pand. Vol. III. §. 641. Nr. 3. (Vgl. die deutsche Bearbeitung dieses Lehrbuchs, wobei nur noch die Zweideutigkeit des Satzes hervorgehoben wird). J. J. Lang Lehrb. des Justin. Röm. Rechts (Mainz 1829.). §. 420. Nr. 9.

32) *H.* Donellus comment. jur. civil. Lib. VI. Cap. 17. §. 26. Hufeland Lehrb. des gemeinen Civilrechts Bd. II. S. 139. §. 1122. Nr. 1. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch. Buch V. §. 44. Nr. 1. Ant. Haimberger Reines Röm. Privatrecht, aus der latein. Ausg. ins deutsche übertragen, Wien 1835. (Theil III.) §. 325. Nr. 1. Roßhirt Einleitung in das Erbrecht S. 61. Nr. 2a.

Recht erschwert werde [33]). Daß dies aber jedenfalls zu wenig sagt, beweist die abgedruckte Stelle, und überhaupt die genaue Verknüpfung des Verbots mit der bekannten Regel: princeps legibus solutus est [34]) — eine Re-

33) Am ausführlichsten äussert sich auf diese Weise Höpfner Commentar über die Institutionen §. 487. Meistens aber drückt man dies noch enger aus. So heißt es bei Schweppe: der Regent könne nicht bedacht werden, insoweit eine Chicane gegen Andere zu Grunde liege (das Röm. Privatr. in seiner Anwendung auf teutsche Gerichte, §. 788. d. 3. Aufl. Vgl. die 5. Ausg. von Mejer Bd. V. §. 788., wo dies so ausgedrückt wird: wenn Jemand, der sonst seinen Rechtsstreit zu verlieren fürchte, um ihn zu gewinnen, den Regenten zum Erben einsetze, so sei die Einsetzung ungiltig); ferner bei Mackeldey Lehrbuch §. 651. (d. 10. A.): es könne nicht eingesetzt werden der Regent, unter der Bedingung, daß er einen Prozeß des Erblassers gegen einen Privatmann fortsetze. (Hier sind wenigstens drei besondere Merkmale oder Beschränkungen angegeben, wovon sich in den Quellen selbst nicht die geringste Spur findet. Denn wo ist die Rede von Einsetzung unter einer Bedingung, von Fortsetzung eines begonnenen Prozesses, und warum soll der Gegner gerade eine Privatperson, — warum z. B. nicht eine Stadtgemeinde seyn dürfen?) Th. M. Zachariä Institutionen des Röm. Rechts (Bresl. 1816.) S. 523. (Nach diesem Schriftsteller sollen die Gegner Erbschaftsgläubiger oder Schuldner seyn müssen). v. Hartitzsch Erbrecht §. 26. Nr. 1. („Der Landesherr, welcher aus der Absicht bedacht worden ist, einen Prozeß fortzusetzen den der Erblasser über sein Vermögen führte"). Seuffert Lehrb. des pract. Pandektenrechts Bd. III. §. 533. Nr. 2. („Der Regent, sofern er eingesetzt ist, um in einem Rechtsstreite den Gegner des Erblassers in eine schlimmere Lage zu bringen").

34) S. ausser der angef. Institutionen-Stelle noch L. 23. D. de

el, welche urſprünglich gewiß nicht mit der Möglichkeit iner Einſetzung zur Führung oder Fortſetzung eines Proeſſes in Verbindung ſteht. — Das princeps litis causa ieres institui nequit nun umfaßt zwei an ſich ſehr verchiedene Sätze: einmal, es ſoll der Regent nicht in der Absicht eingeſetzt werden, um einen Rechtsſtreit durchzuetzen, und überhaupt, um einen Gegner zu beſtimmen, Rechte oder Anſprüche anzuerkennen oder aufzugeben. Zweitens: ein an ſich nicht zu Recht beſtändiges Teſtament ſoll auch nicht zum Beſten des Kaiſers gelten [35]).

leg. III. L. 3. C. *de test.* u. a. weiter unten zu nennende Stellen.

35) Durch das Senatusconſult, welches unter dem Einfluſſe des Kaiſers Helvius Pertinax zu Stande kam (daher oratio divi Pertinacis genannt) wurden beide Rechtsſätze legaliſirt. Dies iſt in der Inſtitutionen-Stelle deutlich beſtimmt, und auch Jul. Capitolinus in der vita pertinacis c. 7. bezeugt es. Das Senatusconſult war durch die häufigen Misbräuche der kaiſerlichen Gewalt, in Beziehung auf die zum Beſten des Kaiſers errichteten aber ungiltigen Teſtamente veranlaßt. Es beſtimmte zuvörderſt, daß ein früheres Teſtament nur durch ein ſpäteres vollkommen vernichtet werden dürfe, und in dieſer Beziehung iſt davon ſchon an einer anderen Stelle dieſes Commentars die Rede geweſen (Bd. 38. S. 265 fgg.). Den ſonſtigen Inhalt des Senatusconſults giebt Capitolinus in weſentlicher Uebereinſtimmung mit Juſtinian ſo an „professus est, nullius se aditurum hereditatem, quae aut adulatione alicujus delata esset, aut lite perplexa, ut necessarii privarentur.“ Daß hier die Regel: princeps litis causa heres institui nequit, buchſtäblich ausgeſprochen, und zuerſt ausgeſprochen worden ſei, iſt nicht glaublich; das litis causa instituere hatte früher ganz gewiß eine viel engere Bedeutung.

A) Was den ersten Satz anbetrifft, so hängt derselbe mit dem bekannten Verbote des Vorschiebens eines mächtigeren Gegners zusammen. Bei dem überhand nehmenden Sittenverderbniß in Rom scheint es etwas sehr Gewöhnliches gewesen zu seyn, Personen, welche durch Ansehen und Macht imponiren konnten, in Prozessen vorzuschieben, um dadurch den Gegner von der Geltendmachung seiner Ansprüche oder einer kraftvollen Vertheidigung seines Rechts abzuschrecken, und schon in ziemlich frühen Zeiten suchte man Chicanen dieser Art durch Edicte und Gesetze zu begegnen [36]). Allein das Uebel nahm eher zu, als daß es sich vermindert hätte. Insbesondere wurden häufig Versuche gemacht, den Kaiser und dessen Fiscus mit ins Interesse zu ziehen. Man berief sich darauf, dem kaiserlichen Fiscus verschuldet zu seyn, um dadurch an demselben einen Beistand zu haben [37]); man schenkte ihm einen Theil des Prozeßobjects oder des Forderungsrechts [38]), ja man wandte dem Kaiser das Ganze durch Schenkungen, Vermächtnisse oder Erbeinsetzungen zu [39]). Zuerst erklärten nun einzelne Kaiser, daß sie Zuwendungen dieser Art nicht annehmen würden [40]) und so bildete

36) S. hierüber meine Cession der Forderungsrechte §. 30. S. 357—362. d. 3. Aufl.

37) L. 1. 3. 4. C. *ne fiscus vel respublica procurationem alicui patrocinii causa in lite praestet* (II. 18.).

38) L. 2. C. *eod.*

39) L. 22. §. 2. D. *de jure fisci* (XLIX. 14.). Paulli sent. rec. Lib. V. Tit. 12. §. 7. 8. (L. 91. D. *h. t.*).

40) S. z. B. Taciti annales II. c. 48. (über Tiber.). Plinii Panegyr. c. 43. (über Trajan). *Rel.* Spartianus in Hadriano c. 18. u. A. Vergl. Gundling exercit. cit. Cap. IV. §. 7. 8. u. die Citate der Note 38.

ildete ſich hieraus ein feſter Rechtsſatz über die Ungil-
igkeit ſolcher Verfügungen, welchen Paullus ſo aus-
rückt: „Litem in perniciem privatorum fisco donari
ion oportet, nec ab eodem donatam suscipi (*sent.*
rec. V. 12. §. 7.). Imperatorum litis causa heredem
nstitui invidiosum est: nec enim calumniandi fa-
cultatem ex principali majestate capi oportet“ [41]).
Auſſerdem wurde beſtimmt: keine Privatperſon ſolle ſich
unter dem Vorwande eines öffentlichen Intereſſes auf die
Vorrechte des Fiscus berufen [42]), noch dieſer einer Pri-
vatperſon in ihren Prozeſſen beiſtehen dürfen [43]).

Schenkungen und Vermächtniſſe von Forderungsrech-
ten an den Kaiſer, ſo wie Erbeinſetzungen deſſelben wa-
ren mithin nicht verboten [44]), nur litis causa ſollten ſie
nicht geſchehen, alſo es durfte nicht die Abſicht zu Grunde
liegen, durch die Perſon des Kaiſers dem Gegner zu im-
poniren, — ihn dadurch von der gehörigen Wahrnehmung
ſeines Rechts, als Kläger oder Beklagten abzuhalten.

41) Ibid. §. 8. — Dieſe zweite Stelle iſt als L. 91. D. *h. t.* in die Compilation aufgenommen.

42) L. 1. C. *ne fiscus vel respubl.* „Reipublicae juribus adjuvari te sub obtentu quantitatis, quam eidem reipublicae debes, contra juris rationem desideras.“ — L. 2. *eod.* „Quum allegas, partem rerum vel actionum dimidiam fisco, quo magis ejus juribus protegaris, velle te donare, hujusmodi litium donationem admitti, temporum meorum disciplina non patitur. Unde jus tuum, si quod tibi competit, citra invidiam fisci mei tueri solenniter cura.“

43) L. 3. et 4. C. *ne fisc. vel respubl.* — Meine Ceſſion S. 361.

44) L. 16. C. *de testam.* (VI. 23. — Vgl. *Lüder* Mencken Disp. cit. Th. XV.

Nun wird dies freilich wohl Niemand sagen oder jemals gesagt haben. Indessen läßt sich die bösliche Absicht des Erblassers auch sonst wohl erkennen. Diese ist namentlich alsdann nicht zu bezweifeln, wenn die Einsetzung unter der Auflage erfolgt, einen Prozeß anzufangen, oder den angefangenen nicht fallen zu lassen. So enthält auch die wider den Gegner bewiesene feindselige Gesinnung und heftige Erbitterung bei Führung des Prozesses einen hinreichenden Grund, um den Schluß zu rechtfertigen, daß der Einsetzung des Regenten die Absicht zu chicaniren zu Grunde liege, nicht minder die geflissentliche Verbreitung einer geschehenen oder beabsichtigten Erbeseinsetzung desselben [45]). Von selbst versteht sich übrigens, daß, wenn aus diesen oder ähnlichen Gründen das Daseyn einer gesetzwidrigen Einsetzung angenommen würde, der Beweis des Gegentheils nicht ausgeschlossen ist [46]). Ob aber der Erblasser seine Sache für gerecht hielte oder nicht, darauf kommt nichts an, ja selbst darauf nicht, ob sie es wirklich ist oder nicht. Das Unerlaubte der Handlung liegt in der Anwendung des Mittels, um seine Sache durchzusetzen; davon ist der Eintritt des rechtlichen Nachtheils allein abhängig gemacht. Es heißt nicht: wer eine ungerechte Sache durchzusetzen sucht, soll den Kaiser nicht zum Erben einsetzen, sondern ganz allgemein: der Regent soll nicht litis causa eingesetzt werden. Dennoch behaupten Manche, daß die bösliche Absicht des Erblassers allein

45) Daß man auch durch dergleichen Ausſprengungen den Gegner einzuſchüchtern ſuchte, beweiſt die Aeuſſerung bei Paulus: „qui se heredem imperatorem facturum esse *jactaverat*;“ sent. rec. V. Tit. 12. §. 9. L. ult. D. *qui test. fac. poss.* (S. Note 83.)

46) *Lüder* Mencken l. l. Th. XVII.

hier nichts entscheiden könne, also die Einsetzung giltig sei, wenn sich in der Folge ergebe, daß dem Gegner kein Recht wider denselben zustehe [47]). Man beruft sich dafür auf die Analogie der Veräusserungen in fraudem creditorum, wobei allerdings die Absicht zu betrügen und die Realisirung dieser Absicht zusammentreffen muß [48]). Indessen paßt diese Analogie nicht, eines Theils weil die Ungiltigkeit der Erbeseinsetzung nur dadurch bedingt ist, daß dieselbe litis causa geschehen sei, anderen Theils weil dies auch mit dem Zweck der rechtlichen Bestimmung unverträglich, ja diese eigentlich gar nicht ausführbar seyn würde. Es liegt dabei die Befürchtung zu Grunde: die Rücksicht auf das kaiserliche Interesse könne einen nachtheiligen Einfluß auf unparteiische Justizpflege haben. Nun muß aber doch am Ende ein rechtskräftiges Erkenntniß zur Norm darüber dienen, ob eine Sache gerecht sei, oder nicht. Woran will man aber erkennen, und wer soll darüber entscheiden, ob ein solcher Einfluß auf das richterliche Urtheil Statt gefunden habe, oder nicht? Dagegen darf diese Bestimmung auch nicht auf andere Personen, welche durch Macht und Ansehen auf die unparteiische Justizpflege nachtheilig einwirken könnten, ausgedehnt werden, — z. B. auf die Gemahlin des Fürsten [49]). Allerdings steht die Beschränkung in der genauesten Verbindung mit den Maaßregeln, welche wider das Vorschieben eines mächtigen Gegners im Prozesse getroffen wurden. Allein nicht jede besondere Bestimmung, welche diesem Grunde ihr Daseyn verdankt, ist auf einen Fall an-

47) Mencken l. l. Th. XIV.

48) L. 10. §. 1. D. *quae in fraudem creditor.* (XLII. 8.).

49) A. M. s. Mencken l. l. u. Gündling exercit. cit. Cap. VI. §. 24.

wendbar, wofür sie nicht ausgesprochen wurde; es kommt Alles darauf an, ob sie als singulärer Rechtssatz zu betrachten sei, oder nicht. Jenes ist hier offenbar der Fall. Denn das Motiv der Erbeseinsetzung kommt an sich überall nicht in Betracht, und selbst wenn dem Erben zur Bedingung gemacht wäre, einen Gegner des Erblassers zu drücken, oder seinen individuellen Einfluß für die Durchsetzung des Prozesses zu benutzen, so würde nur die Bedingung als turpis conditio nicht erfüllt werden dürfen, die Erbeseinsetzung aber dennoch zu Recht bestehen [50]). Zwar ist ganz allgemein das böswliche Vorschieben eines mächtigen Gegners für unerlaubt und ungiltig erklärt [51]): allein, wie man auch über die eigentliche Bedeutung und heutige Geltung dieses Verbots denken mag, so ist doch soviel ausgemacht, daß dadurch die Schuldner immer nur gegen arglistige und ihnen nachtheilige Cessionen sicher gestellt werden sollten [52]). Die Rechtsübertragung an dem Gesammtvermögen, oder durch Universalsuccession, kann mithin als bloßer Folgesatz aus dem Verbot einer arglistigen cessio in potentiorem keineswegs betrachtet werden, es ist vielmehr ein singulärer, also der Ausdehnung auf andere Fälle nicht fähiger Satz.

B) Es soll aber auch ein der Form oder dem Inhalte nach (z. B. wegen Verletzung von Notherbenrechten) mangelhaftes Testament zum Besten des Regenten nicht gelten, d. h. darum nicht für giltig gehalten werden, weil und insofern der Kaiser darin bedacht ist. Die Ent-

50) L. 14. D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7.).

51) T. T. C. *ne liceat potentionib. patrocinium litigantib. praestare, vel actiones in se transferre* (II. 14.).

52) Meine Cession der Forderungsrechte §. 30. S. 367 fgg.

kehung dieſes Rechtsſatzes hat ihren Grund in der Habgier mancher Kaiſer [53]). Dieſe wandten allerlei Mittel an, um zu bewirken, daß ihnen durch Teſtamente etwas zugewandt werde, ja ſie erklärten wohl gar die Teſtamente für ungiltig, in welchen ſie nicht eingeſetzt waren [54]). So legte man denn auch dem bekannten Satz: princeps legibus solutus est, einen ihm durchaus fremden Sinn bei, um ungerechten Erbanſprüchen eine ſcheinbar juriſtiſche Grundlage zu geben. Auch in ſeiner größten Ausdehnung konnte derſelbe doch nur Folgendes bedeuten: a) der Regent iſt den beſonderen Erwerbsbeſchränkungen poſitiver Geſetze (als der Lex Cincia und Jul. et Pap. Poppaea) nicht unterworfen; b) er iſt bei ſeinen eignen Rechtsgeſchäften nicht an die Formen und andere Einſchränkungen des poſitiven Rechts gebunden [55]). Man ſuchte ihn auch in einem ſo weiten Umfange geltend zu machen, daß man ihn auf alle nach gemeinrechtlichen Grundſätzen mangelhafte und ungiltige Teſtamente bezog; doch erklärten einzelne Kaiſer ſich gegen dieſe Ausdehnung [56]) und ſo

53) S. z. B. Taciti annal. Lib. XVI. c. 17. Noch andere Fälle erwähnt Gundling l. l. cap. IV.

54) Suetonius in vita Caligulae c. 38.

55) Vgl. Welcker die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe S. 532 fg. Hugo Rechtsgeſch. S. 722. (d. XI. A.) Schweppe Röm. Rechtsgeſch. §. 171. Nr. 1. (d. 3. A.).

56) Sie reſcribirten z. B. auch gegen ein Teſtament, worin der Kaiſer eingeſetzt ſein könne, die inofficiosi querela angeſtellt werden. L. 8. §. 2. D. *de inoff. test.* „Si imperator sit heres institutus, posse inofficiosum dici testamentum, *saepissime rescriptum est.*“ S. auch oben die Note 35. u. vgl. *Ger.* Noodt Diss. de jure summi imperii, opp. omnia T. I. p. 547 sq.

bildete ſich denn auch hierüber ein Rechtsſatz, der ſich eigentlich ganz von ſelbſt verſtand; nämlich: mangelhafte und ungiltige Teſtamente ſollten auch zum Beſten des Kaiſers nicht giltig ſeyn. „Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa imperatorem vindicare, inverecundum est: decet enim tantae majestati, eas servare leges, *quibus ipse solutus esse videtur*“ [57]). Oder, wie es an einer anderen Stelle heißt: „Ex imperfecto testamento nec imperatorem hereditatem vindicare posse, saepe constitutum est. Licet enim lex imperii [58]) *solennibus juris imperatorem solverit*, nihil tamen tam proprium imperii est, quam legibus vivere“ [59]). Wenn die Kaiſer ſich hier rühmen, von einem ihnen zuſtehenden Rechte keinen Gebrauch machen zu wollen, ſo beweiſt dies gewiß nicht, daß diejenigen Regenten, welche ſich die durch ungiltige Teſtamente ihnen angefallenen Erbſchaften oder Vermächtniſſe zueigneten, hierin das Recht für ſich hatten, ſondern es giebt nur ein Zeugniß von der in einzelnen Fällen gemachten falſchen Anwendung der Regel: princeps legibus solutus est. Denn von den Beſchränkungen des jus capiendi und von den solennibus juribus konnten immerhin die Kaiſer ganz allgemein entbunden ſeyn, — was folgt daraus für ihr Recht aus ungiltigen Geſchäften An-

57) L. 23. D. *de leg. III.* — Noodt obs. Lib. I. c. 4.

58) Ueber dieſe Lex imperii, oder lex regia, wie ſie auch genannt wird, vgl. Hugo Rechtsgeſch. S. 722. Dirkſen civiliſt. Abhandl. Bd. I. S. 176. Zimmern Geſch. des Röm. Privatr. I. §. 43. S. 146 fg. Mein Lehrbuch des Pand. Rechts §. 4.

59) L. 3. C. *de testam.* (VI. 23.). S. auch §. 8. I. *quib. mod. test. infirm.* — L. 4. C. *de legib.* (I. 14.).

derer etwas zu erhalten? In der That ist auch das öfter vorkommende: **licet legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus**, und Aehnliches, nur eine nichtssagende Phrase, wodurch liberale Gesinnungen zur Schau gestellt wurden, mit denen es doch kein rechter Ernst war. Denn daß die Kaiser keineswegs gemeint waren, die ihnen wirklich zustehenden Rechte aufzugeben, wird wohl am besten dadurch erwiesen, daß die zulässigen Anwendungen des **princeps legibus solutus est** auch in der Compilation noch als geltendes Recht vorgetragen werden [60]).

Daß nun der Grundsatz: **princeps litis causa heres institui nequit** überhaupt auf mangelhafte und ungiltige Testamente bezogen worden sei, ist häufig ganz übersehen, doch mehr noch von neueren als von älteren Schriftstellern [61]), wie sich denn namentlich bei Vinnius eine vollständige Anwendung des Satzes findet [62]).

60) S. z. B. L. 26. C. *de donat. inter vir. et uxor.* (V. 10.).

61) Bei der früher üblichen exegetischen Behandlung des Textes konnte freilich die zwiefache Beziehung des Satzes nicht übersehen werden. Aeltere Systematiker dagegen haben hier ebenfalls wie die neueren, nur die etymologische Bedeutung des: **litis causa heredem institui** vor Augen gehabt. Siehe *Fr.* Connanus commentarior. jur. civil. Lib. X. Cap. VI. Nr. 6. T. II. p. 370. C. u. *Hugo* Donellus (oben Note 32.). Der erstere hat übrigens die ganz eigenthümliche Ansicht, daß dem Kaiser die Antretung solcher Erbschaften nicht untersagt, sondern dieselbe nur gemissbilligt sei. S. auch Mencken disp. cit. Th. XVIII.

62) Vinnius ad § 8. I *quib. mod. test. infirm.* S. auch Baro u. *Ev.* Otto ad eund. loc. ferner die Noten von Fabrotus u. A. zu Theophilus Not. z. d. Ausg. an *O. W* Reitz. T. II. p. 414 sq.

Dagegen ist man auch auf der anderen Seite wieder zu weit gegangen, wenn man die Behauptung aufstellte, daß nicht jede litis causa geschehene Einsetzung des Regenten ungiltig sei, sondern nur die in einem mangelhaften Testamente erfolgende [63]). Und eben so unrichtig würde es seyn, wenn man die Aeusserung in §. ult. I. *quib. mod. test. infirmaretur:* „neque ex nuda voce heredis nomen admissurum" so verstehen wollte, daß der Kaiser nicht durch ein mündliches Testament zum Erben eingesetzt werden dürfe [64]); denn offenbar ist hier nicht die Rede von einem Gegensatz zwischen mündlichen und schriftlichen Testamenten, sondern die nuda vox ist dasselbe, was anderswo auch durch nuda voluntas bezeichnet wird [65]), nämlich der Mangel einer zu Recht beständigen Form, oder der testamentarischen Solennitäten. Eine andere Frage ist aber, ob nicht wirklich eine solche Einschränkung für Testamente bestand, worin der Kaiser oder andere potentiores zu Erben eingesetzt wurden, m. a. W. ob diese

63) Dagegen siehe *A.* Faber error. Pragmaticor. Dec. LXVIII. Error. 3. in f. u. Err. IV., auch Gundling exercit. cit. Cap. VI. §. 23., welcher aber mit Unrecht annimmt, daß sich diese Meinung auch bei Theophilus und in der Accursischen Glosse finde.

64) Theophilus in der Paraphrase zu §. 8. I. *quib. mod. test. infirm.* drückt sich hier so zweideutig aus, daß man ihm gewöhnlich diese Ansicht beilegt. Dagegen nimmt aber O. W. Reitz a. a. O. ihn in Schutz, indem er bemerkt, daß Theophilus nur sage: der Kaiser könne weder aus einem mündlichen, noch aus einem schriftlichen Testamente etwas erhalten, wenn das Testament kein zu Recht beständiges sei.

65) L. 11. in f. C. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.). — Schrader in not. ad §. 8. I. *quib. mod. test. infirm.*

Einsetzung nicht blos in einem schriftlichen Testamente geschehen konnte? Es gehört hier eine Verordnung der Kaiser Honorius und Theodos II. aus d. J. 416[66]), welche so lautet: „Nolumus convelli deficientium (d. i. morientium) scriptas jure ac solenniter voluntates, dum quoddam morientis supremum et non adscriptum (scriptum) processisse confirmatur arbitrium, tamquam patrimonium suum ad nos deficiens maluerit pertinere. Omnibus enim privatis et militantibus interdicimus, ne hujusmodi perhibeant testimonia, et falsi criminis reos teneri praecipimus, si, cum scriptae jure ac solenniter deficientium exstiterint voluntates, non scriptum aliquid sub nostrorum nominum mentione falso adstruere moliantur. Nemo itaque relictus heres, vel legibus ad successionem vocatus, nostrum vel potentium nomen horrescat, nemo ferre testimonia in hunc modum vel suscipere gestis hujusmodi voces audeat nostrorum vel etiam privatorum potentium nomine[67]). Maneat arbitrium, quod vera et solennis scriptura commendat; excludatur, si quid adversus eam, vel deficientis animum sub deferenda hereditate nostrae perennitati per testimonia non scripta et falso contexta asseveratur, nemo scriptis proprium auferat robur et non scriptis sub praetextu nostri vel potentium nominis ingerat firmamentum.“ Jac. Gothofredus in seinem Commentar zu dem Theodosianischen Codex erklärt diese Constitution auf fol-

66) L. 5. Th. C. *de test. et codicill.* (IV. 4.); oder L. 20. C. *de test.* (VI. 23.).

67) Bis dahin ist die Constitution nur in den Justin. Constitutionen-Codex aufgenommen.

gende Art: sie ordne an, daß ein in gehöriger Form errichtetes schriftliches Testament durch ein späteres mündliches, worin der Kaiser oder ein anderer Mächtiger eingesetzt sei, nicht aufgehoben werden solle. Existire aber überall noch kein Testament, so könne auch ein mündliches Testament zum Besten des Kaisers und anderer durch Macht und Ansehen ausgezeichneter Personen errichtet werden. Denn die Constitution bestimme nur das Verhältniß eines späteren mündlichen zu einem frühern schriftlichen Testamente; darum seien die Worte: auch der legibus ad successionem vocatus dürfe durch ein mündliches Testament nicht ausgeschlossen werden, nicht überhaupt auf Intestaterben, sondern nur auf die in einem schriftlichen Testamente eingesetzten Intestaterben zu beziehen. Im Justinianischen Constitutionen-Codex dagegen habe die Verordnung den Sinn, welchen ihr auch die Glosse beilege [68]), daß nämlich der Kaiser nur nicht in einem unvollständigen Testamente zum Erben eingesetzt werden könne, mithin ein späteres vor 7 Zeugen gehörig errichtetes mündliches Testament nicht weniger Wirkungen habe, wenn darin der Kaiser eingesetzt werde, wie wenn es zum Besten irgend einer anderen Person errichtet worden sei. — Gegen diese Auslegung nun, wenn sie gleich Beifall gefunden hat [69]), drängen sich sehr erhebliche Zweifel auf.

68) Auch hier findet man etwas in der Glosse, was sie gar nicht enthält. Die Erklärung der Accursischen Glosse geht dahin, daß ein solenne testamentum nicht durch ein minus solenne, in welchem der Kaiser eingesetzt sei, aufgehoben werden könne. Was hier übrigens unter einem minus solenne testamentum verstanden werde? darüber fehlt es an aller Erklärung.

69) Gebilligt wird sie namentlich von Gundling exercit. cit. cap. IV. §. 15.

Zuvörderst ist die Beschränkung der die Intestaterben betreffenden Aeusserung auf eingesetzte Intestaterben durchaus willkührlich; da ausdrücklich von einem durch das Gesetz berufenen Erben die Rede ist. Dachte der Kaiser wirklich an solche Testamente, welche nach dem jus commune gültig sind, so würde der Sinn seiner Verordnung offenbar der seyn: der Kaiser und überhaupt mächtige Personen sollen in mündlichen Testamenten nicht eingesetzt werden dürfen. Daß zuerst von einem bereits vorhandenen Testamente die Rede ist, schließt diese Auslegung gewiß nicht aus; der bloße Mangel einer geordneten Gedanken-Verbindung, wie wir ihn so häufig in den kaiserlichen Constitutionen antreffen, kann uns nicht berechtigen, die gesetzliche Bestimmung durch eine Voraussetzung zu beschränken, welche in dem Gesetz nirgends auch nur angedeutet ist. — Sodann ist aber auch die Annahme durch nichts motivirt, daß Justinian die Constitution in einem anderen als dem ursprünglichen Sinne genommen habe. Denn die Constitution ist buchstäblich in den Justinianischen Codex aufgenommen, bis auf zwei ganz unwesentliche Interpolationen [70]) und den weggelassenen Schlußsatz, dessen Inhalt aber auf kein anderes Resultat führt, als das in dem aufgenommenen Theile enthaltene. Begründeter erscheint daher immer die Meinung, wonach der Kaiser und andere Personen von Macht und Einfluß in mündlichen Testamenten gar nicht eingesetzt werden durften [71]), dagegen wird bezeugt, die com-

70) Nämlich für adscriptum heißt es im Justin. Codex *scriptum* und für suscipere gestis; suscipere *in* gestis.

71) Dieser Meinung ist auch Brünnemann ad L. 16. et 20. C. *de test.* Nr. 7., wenn er sich gleich nicht eben bestimmt hierüber äussert.

munior sententia über die Stelle gehe dahin: ein früheres schriftliches Testament könne nicht durch ein späteres mündlich und zum Besten des Kaisers oder eines anderen potentior errichtetes aufgehoben werden [72]), — wobei denn freilich die Worte: vel legibus ad successionem vocatus ohne Erklärung bleiben. — Am meisten hat aber die Ansicht für sich, daß Theodos die Erbeinsetzung der potentes überall nicht beschränke, sondern nur festsetzen wollte, daß sie in einem der Form nach zu Recht beständigen Testamente geschehen müsse. Es mag hier auf sich beruhen bleiben, ob nicht damals überhaupt zur rechtsgiltigen Form der Testamente in der Regel ein schriftlicher Aufsatz erforderlich war [73]); zu Justinians Zeit gelten entschieden auch mündliche Testamente, und aus diesem Gesichtspuncte muß denn auch die Verordnung, da sie in die Justinianische Sammlung aufgenommen ist, erklärt werden. Das Gesetz spricht nun überall nicht von einem mündlichen Testamente, sondern bestimmt nur: ein Zeugniß, man habe gehört, daß der Erblasser sein Vermögen dem Kaiser zuwenden wolle, solle unberücksichtigt bleiben, — es solle dadurch weder das Recht eines testamentarischen Erben noch die Intestaterbfolge ausgeschlossen werden können, und darum denn auch Jedem verboten seyn, ein solches Zeugniß zu geben, so wie den Richtern,

72) *Cypr. Regn. ab* Oosterga censura Belg. in Cod. ad h. l. (p. 254.).

73) S. v. Löhr Arch. für civilist. Pr. Bd. VI. S. 332—336. Indessen spricht dagegen sehr entschieden die Erklärung derselben Kaiser in der L. 2. Th. C. *eod.* (wo von einer legitima scriptura vel nuncupatio die Rede ist). S. auch Schilling Bem. üb. Röm. Rechtsgesch. S. 427. Note r. u. Bd. 34. dieses Comment. S. 245 fg.

es anzunehmen (suscipere gestis, d. h. zu Protokoll zu nehmen). Daß hier nur von *scriptae* jure ac solenniter deficientium voluntates gesprochen wird, darf uns nicht irre leiten. Finden sich ja auch andere Bestimmungen in der Justinianischen Compilation, woraus man schliessen könnte, daß nur schriftliche Testamente als rechtsgiltige letztwillige Verfügungen anerkannt worden seien [74]), die aber doch nur beweisen, daß mündliche Testamente wenig üblich waren [75]). Genug, die Kaiser haben hier nur die gewöhnliche Testamentsform vor Augen, und die scriptae solenniter voluntates sind nichts, als in gehöriger Form errichtete Testamente. — Aber wie kamen denn die Kaiser dazu, etwas zu bestimmen, was sich eigentlich ganz von selbst verstand? Der Grund war der nämliche, wodurch auch andere Bestimmungen gegen die Habgier der Mächtigen und den Misbrauch ihres Einflusses veranlaßt wurden. So namentlich die Verordnung derselben Kaiser, daß auch dem Regenten „codicillis vel epistolis" nichts zugewandt werden solle [76]). Das hieß keineswegs: nur für den Kaiser soll ein Codizill nicht gelten, wenngleich Andere daraus erwerben können, sondern es verhielte sich damit so: Constantin hatte nicht, wie man gewöhnlich annimmt, für die Codizille eine bestimmte Form eingeführt, vielmehr sie ganz abgeschafft, indem er verordnete, auch s. g. Codizillardispositionen müßten vor 7 oder 6 Zeugen, d. h. in der prätorischen oder civilrechtlichen Testamentsform (als Manzipations-

74) S. z. B. Tit. Dig. (XXIX. 3.) u. Cod. (VI. 32.) *testamenta quemadm. aper. inspic. et describantur.*

75) S. mein Lehrb. der Pandekten Bd. III. §. 658.

76) L. 2. Th. C. *de test. et cod.*

teſtament) errichtet werden [77]). Dennoch kamen formloſe Verfügungen zum Beſten der Kaiſer vor, weshalb denn die Beſtimmung nöthig ſchien, daß dieſe eben ſo wenig, wie die für Privatperſonen errichteten gelten ſollten [78]). Eine ähnliche Bewandtniß hatte es auch mit der hier zur Frage ſtehenden Verordnung. Allerdings zeugte es von einem faſt unbegreiflich ſchlechten Zuſtande der Juſtizpflege, wenn den Großen des Reichs es gelingen konnte, den rechtmäßigen Erben auszuſchließen, ohne ein zu Recht beſtändiges Teſtament für ſich zu haben. Aber gewiß iſt es, daß dieſe und ähnliche Misbräuche der Macht vorkamen, beſonders in den Provinzen [79]). Es konnte den Großen nicht ſchwer fallen, einige Zeugen aufzutreiben, welche ſo ausſagten, wie jene es wünſchten, und beſtechliche Richter zu finden, welche auf deren Ausſagen ihnen die Erbſchaft zuerkannten. Freilich wäre es auch wohl möglich geweſen, ſieben Perſonen für ſich zu gewinnen, welche das Daſeyn eines förmlichen Teſtacts bekundeten. Aber auch falſche Teſtamentsurkunden lieſſen ſich erhalten, und Zeugen, die deren Aechtheit beſtätigten. Derſelbe

77) L. 1. Th. C. *de test.* — S. Marezoll in Grolmans und Löhrs Magaz. Bd. IV. S. 164 fg. Danz über die äuſſere Form der Codizille, in der Zeitſchr. für Civilr. und Prozeß Bd. IX. Abh. VIII. S. 223—225.

78) Juſtinian hat die L. 2. Th. C. cit. in ſeinen Conſtitutionen-Codex nicht aufgenommen, weil ſpäterhin allerdings ein Unterſchied zwiſchen Codizillen und feierlichen Teſtamenten (wenngleich auf eine von der früheren verſchiedenen Art) wieder aufkam. Nun konnte nicht mehr geſagt werden: der Kaiſer könne durch Codizille nichts erwerben.

79) Unſere Verordnung (die L. 5. Th. C. oder L. 20. Inst. C. cit.) erwähnt in der Ueberſchrift noch beſonders die Provinzialen. — Vgl. meine Ceſſion S. 361 fg.

Grund also, weshalb man mündliche Testamente hier für unzulässig erklären zu müssen glaubte, hätte consequenterweise dahin führen müssen, alles Testiren zum Besten der Großen zu verbieten. So weit konnten und wollten die Gesetzgeber nicht gehen. Nur gegen wirkliches Unrecht war ihre Verfügung gerichtet. Und wenn es sich auch ganz von selbst verstand, daß Niemand sich auf eine formlose, oder überall nicht existirende Disposition mit Erfolg berufen dürfe, so machte doch die Gesunkenheit des Zeitalters und die schlechte Verwaltung der Justiz es nöthig, dies durch Gesetze besonders zu verbieten, und um dem Verbote Nachdruck zu geben, wurde zugleich bestimmt, daß jeder, welcher sich zu einem solchen Zeugnisse hergeben werde, den auf ein Falsum gesetzten Strafen unterworfen seyn solle. Dieser Umstand enthält eine sehr erhebliche Unterstützung der hier vorgetragenen Auslegung des Gesetzes [80]). Denn ist es wohl gedenkbar, daß man diejenigen mit einer solchen Strafe bedroht haben werde, welche als Zeugen bei einem mündlichen Testiracte zugezogen waren und dies in der Folge durch ihre Aussagen bekundeten? An sich liegt freilich auch kein Unrecht darin, eine wirklich erfolgte Erklärung des Erblassers, die nur nicht die Form eines Testaments hat, durch sein Zeugniß zu bekräftigen (S. die in der Note 83. angef. Stellen). Allein ein Recht konnte der Honorirte ja doch darauf nicht gründen, und um desto nachdrücklicher dem Versuche entgegenzuwirken, auf diesem Wege fremdes Gut zu gewinnen, erklärte man diejenigen, welche sich zum Zeugniß über einen nichtssagenden Act hergeben würden, für Theil-

80) Bemerkenswerth ist es, daß Brunnemann a. a. O. gerade daraus folgert, der Kaiser habe zu Recht beständige mündliche Testamente vor Augen gehabt!

nehmer und Begünſtiger des Unrechts. Selbſt aber die einzelnen Ausdrücke des Geſetzes beſtätigen es, daß hier nicht von einer Beſchränkung des Rechts der Großen und Mächtigen die Rede ſeyn ſoll, ſondern lediglich von Verhütung eines misbräuchlichen und rechtswidrigen Einfluſſes ihrer Macht [81]). Endlich ſtimmt mit der vorſtehenden Auslegung die Weſtgothiſche Interpretation des Geſetzes buchſtäblich überein. Sie lautet ſo: „Placuit voluntatem defunctorum ea ratione servari, ut *si deficiens quis non fecerit testamentum, non potest* quicunque *pro perfecto uti, quod imperfectum resedit*, nec admittit hanc testificationem principis clementia, si forte dicat aliquis: audivi morientem velle, ut principi, vel etiam his personis, quae potestati adjunctae sunt, vel cujuscunque potentis taliter deputatum, hanc vocem admitti non patitur. Et *sicuti legitimas scripturas vel in suam personam, vel in quascunque alias potestates, sive in privatos valere mandavit*, ita *imperfectam et sub tali testificatione prolatam, penitus valere non voluit*“ [82]).

So enthält denn alſo die Conſtitution von Theodos nichts, als was ſchon in der oratio von Pertinax ausgedrückt war, nämlich die Beſtimmung, daß auch der Kaiſer aus einem mangelhaften und unvollſtändigen Teſtamente

81) Z. B. „Nemo — — nostrum vel potentium nomen *horrescat*,“ ferner: „testimonia non scripta et *falso contexta*.“

82) Dieſe Interpretation verwirft *Jac.* Gothofredus in comment. ad Th. Cod. l. l., indeſſen ohne dafür Gründe anzuführen.

stamente nicht erwerben könne [83]). In welcher Verbindung steht nun aber dies mit dem Satze: princeps *litis causa* heres institui nequit? Es läßt sich wohl mit mehr als Wahrscheinlichkeit annehmen, daß derselbe nicht dafür entstanden seyn würde; da er aber einmal aufgekommen war, so wandte man ihn auch hier an, wo er denn die Bedeutung hat: der Kaiser kann nicht eingesetzt werden, um dadurch der Impugnation eines sonst ungiltigen Testaments zu entgehen, — also litis vitandae causa. Umgekehrt kann die Verknüpfung jenes Satzes mit dem: princeps legibus solutus est, eigentlich nur

83) Die Verordnung sagt ungefähr dasselbe, was Paulus so ausdrückt: „Ejus bona, qui se imperatorem heredem facturum esse *jactaverat*, a fisco vindicari non oportet;“ sent. rec. Lib. V. Tit. 12. §. 9. und L. ult. D. *qui test. fac. poss.* (s. oben Note 45.). Hier wie in anderen Fällen wird eine bereits bestehende Vorschrift nur wiederholt eingeschärft, weil sie nicht genau befolgt wurde. — Zur Erläuterung dient auch, was Sueton über Domitian berichtet: „Confiscabantur alienissimae hereditates, vel existente uno, qui diceret, *audisse se ex defuncto, cum viveret, heredem sibi Caesarem esse*;“ (*Suet.* in Domitiano c. 12.). Wir sehen also hieraus, daß manche Kaiser in der That soweit giengen, jede zu ihren Gunsten gereichende Aeusserung des Erblassers für ein rechtsgiltiges Testament zu erklären. Gegen diese Misbräuche erklärten sich denn die Kaiser Honorius und Theodosius, so wie dies auch schon von ihren Vorgängern geschehen war. — Uebrigens ist mit der hier vorgetragenen Erklärung des Gesetzes noch die von *A.* Faber in den error. Pragmaticor. Dec. LXVIII. Err. 1—10. zu vergleichen, wo sich neben manchen wahren und scharfsinnigen Bemerkungen doch auch wieder eben so viele Irrthümer finden, als er zu bekämpfen sucht.

auf diese zweite Anwendung bezogen werden; diese Regel sollte nämlich nicht dahin ausgedehnt werden, daß der Kaiser auch in ungiltigen Testamenten zum Erben eingesetzt werden dürfe. Bezog man ihn auch auf die erste Anwendung, so lag dabei etwa folgende Vorstellung zu Grunde: der Kaiser ist an die Bestimmungen des positiven Rechts nicht gebunden; jedoch das Verbot des Vorschiebens eines mächtigen Gegners gilt auch für ihn, ja auch durch Erbeseinsetzung kann man dies nicht bewirken.

Uebrigens giengen einzelne Kaiser noch weiter, indem sie erklärten, daß sie nur aus den Testamenten ihnen befreundeter, nicht aber aus denen unbekannter Personen Erbschaften annehmen würden.[84]). Da indessen hierüber sich kein fester Rechtssatz bildete und insbesondere die Compilation davon nichts weiß, so muß die Einsetzung des Regenten von Unbekannten auch für rechtsgiltig gehalten werden.[85])

Was nun endlich den heutigen Gebrauch anbelangt, so ist es ausser allem Zweifel, daß aus einem ungiltigen Testamente auch jetzt der Regent nichts erwerben kann. Abzusehen ist es aber auch nicht, weshalb die erste Anwendung nicht ebenfalls noch zur Anwendung kommen könnte. Denn daß Erbeseinsetzungen eines Prozesses wegen, und um den Gegner zu chicaniren nicht leicht vor-

84) Taciti annal. Lib. II. c. 47. „Neque hereditatem cujusquam adiit, nisi cum amicitia meruisset. *Ignotos* et aliis infensos, eoque principem nuncupantes, procul arcebat. — Vgl. Plin. Panegyr. c. 43. — Scriberis ab amicis, *ab ignotis praeteriris*."

85) Gundling l. l. cap. VI. §. 26.

kommen und sehr schwer zu beweisen sind [86]), enthält keinen hinreichenden Grund dagegen. Man könnte vielleicht noch einwenden, daß die Besorgniß einer nachtheiligen Einwirkung auf unparteiische Justizpflege stets eintrete, wenn der Landesherr als Partei bei einem Prozesse interessirt ist. Allein darum darf man doch die besonderen Beschränkungen, welche hieraus geflossen sind, noch keineswegs für unanwendbar erklären. Auch kommt ja nicht jene Besorgniß allein hier in Betracht, sondern sie ist gegen die böswillige Absicht des Testirers gerichtet.

2) Nach einer Constitution der Kaiser Arcadius, Honorius und Theodosius aus dem Jahre 405 [87]) soll den Vätern, welche keine eheliche Kinder, keine Enkel von einem Sohne, auch keine Mutter am Leben haben, gestattet seyn, ihren „naturales liberos, quos ex quaesito susceperint contubernio“ drei Zwölftheile (unciae) durch Schenkungen oder letztwillige Verfügungen zuzuwenden; sei aber eine Mutter oder eine legitime Nachkommenschaft vorhanden („matre vero vel ceteris personis, quae ex connubio sunt, hoc est legitimis filiis, vel nepotibus ex filio, viventibus“), so könne der Vater den naturales filii nur einen Zwölftheil zuwenden. Der subscriptio zufolge, ist dies die als L. 2. C. *de naturalib. lib.* (V. 27.) in den Justinianischen

86) S. Höpfner Commentar über die Institutionen §. 486. Note 1 a.

87) In den Gesammtausgaben des Theodosischen Codex findet sich diese Constitution nicht, sondern sie ist aus dem Turinschen Palimpsest zuerst herausgegeben von Amedeus Peyron (1823) p. 93 sq. In der Ausg. der 5 ersten Bücher des Theodos. Codex von Wenck findet sie sich als L. 6. *de naturalib. filiis* (IV. 6.).

Codex aufgenommene Constitution[88]), wo sie aber so lautet: „Matre, vel legitimis filiis, vel nepotibus aut pronepotibus cujuscunque sexus, uno pluribusve, existentibus, bonorum suorum unam tantum unciam pater naturalibus filiis seu filiabus eorumque genitrici; vel si sola sit concubina, semiunciam largiendi vel relinquendi habeat potestatem. Quidquid vero ultra modum concessum relictum sit, legitimis filiis, vel matri, vel ceteris successoribus jure reddatur.“ Indessen stimmen weder die Worte, noch auch der Inhalt vollständig mit jener Constitution überein; so finden wir folgende wesentliche Abweichungen: a) weggelassen ist die Bestimmung, daß auch diejenigen, welche eine legitime Nachkommenschaft haben, den illegitimen Kindern oder deren Mutter nicht mehr als $\frac{3}{12}$ hinterlassen dürfen, aber auch b) die Bestimmung, daß nur die Enkel von Söhnen den illegitimen Kindern im Wege stehen, indem es ganz allgemein heißt: vel nepotibus aut pronepotibus — existentibus, sodann findet sich c) der Zusatz, daß dasjenige, was die unehelichen Kinder oder deren Mutter nicht erhalten können, den legitimen Intestaterben anfallen solle, wahrscheinlich aus einer Constitution der Kaiser Arcadius und Honorius v. J. 397, wovon sich nur Bruchstücke durch den Turinischen Codex palimpsestus erhalten haben[89]). Daß übrigens durch die zuerst erwähnte Weglassung die Beschränkung der Erbfähigkeit auf drei Unzien nicht aufgehoben seyn solle, beweist eine spätere Constitution Justinians, worin

88) In der inscriptio fehlt der Name des K. Theodosius.

89) Bei Peyron a. a. O. p. 93., bei Wenck als L. 5. Th. C. *de naturalib. filiis.* S. auch Wenck zu L. 6. eod. Note r.

bestimmt wird, daß naturales filii zwar dem Vater nicht ab intestato succediren sollten, ihnen indessen von demselben — nicht wie bisher nur drei, sondern sechs Unzien durch letztwillige Verfügungen oder Schenkungen zugewandt werden dürften [90]). In der Novelle 89. c. 12. [91]) erwähnt der Kaiser zuerst einige frühere Vorschriften über diesen Gegenstand, und ordnet hierauf an: Wer legitime Descendenten habe, könne den natürlichen Kindern und deren Mutter nur $\frac{1}{12}$ durch Testament oder Schenkung zuwenden, habe er aber keine natürlichen Kinder, so dürfe die Concubine nur eine halbe Unzie (oder $\frac{1}{24}$) erhalten; was darüber hinaus gehe, falle den legitimen Kindern zu. Seien keine legitimen Descendenten, wohl aber pflichttheilsberechtigte Ascendenten da, so müßten diese ihren Pflichttheil erhalten, das übrige Vermögen könne den natürlichen Kindern zugewandt werden, in Ermanglung legitimer Descendenten und Ascendenten aber könnten die natürlichen Kinder das Ganze erhalten [92]).

Das Gesetz erwähnt nur bei Ascendenten das Recht auf den Pflichttheil [93]), von selbst versteht sich daher,

90) L. 8. C. *de naturalib. lib.*

91) Es ist daraus, so wie aus dem Cap. 15. dieser Novelle (die Successíon der ex damnato coitu erzeugten Kinder betreffend) die Auth. *licet patri* ad L. 8. C. *de naturalib. lib.* formirt.

92) Soweit gehört der Inhalt des Gesetzes hieher, nämlich Nov. 89. Cap. 12. §. 1—3. In den folgenden §§. findet sich die Bestimmung, daß Concubinenkinder mit ihrer Mutter zwei Zwölftheile von der Intestatverlassenschaft des Vaters erhalten sollten, wenn der Erblasser weder legitime Descendenten noch eine rechtmäßige Gattin habe.

93) „Si — non habuerit — — quendam ascendentium,

daß nicht alle legitimen Aſcendenten den natürlichen Kindern im Wege ſtehen, ſondern nur diejenigen, welche auch wirklich einen Pflichttheil fordern dürfen, alſo wegen nicht gehöriger oder unbegründeter Ausſchließung das Teſtament anfechten könnten. Bei den Deſcendenten dagegen iſt von einem Pflichtheitsrecht überall nicht die Rede. Möglich wäre es allenfalls, daß der Geſetzgeber hier dennoch nur an ſolche Deſcendenten gedacht hätte, welche vom Vater nicht gehörig ausgeſchloſſen ſind, ſo daß alſo enterbte Deſcendenten den natürlichen Kindern eben ſo wenig im Wege ſtehen würden, wie die gar nicht vorhandenen. Doch wird dieſe Anſicht geradezu durch die geſetzliche Diſpoſition ſelbſt ausgeſchloſſen. Pflichttheilsberechtigte Erben haben an ſich nur einen Anſpruch auf die Legitima, und ſind abgefunden, wenn ihnen dieſe auf gehörige Art zugewendet wird. Nimmt man nun an, daß die natürlichen Kinder blos durch ſolche legitime Deſcendenten ausgeſchloſſen werden können, welche **in concreto** einen Anſpruch auf den Pflichttheil haben, ſo müßte es dem Vater geſtattet ſeyn, ſie auf den Pflichttheil, für den übrigen Theil der Verlaſſenſchaft aber die natürlichen Kinder einzuſetzen. Dies aber würde mit der Vorſchrift des Geſetzes unverträglich ſeyn, welches die giltige Einſetzung der natürlichen Kinder ganz allgemein davon abhängig macht, daß keine legitimen Deſcendenten oder eine rechtmäßige Gattin vorhanden ſeien; dagegen heißt es ſehr beſtimmt: die natürlichen Kinder würden nur durch pflichtheilsberechtigte Aſcendenten ausgeſchloſſen, und wenn man dieſe auf den Pflichttheil ($\frac{3}{4}$) einſetze, ſo könne jenen

quibus necessitas est legis relinquere partem propriae substantiae competentem," — wie die Vulgata im Weſentlichen richtig überſetzt.

das Uebrige zugewendet werden [94]). Hieraus folgt denn: sind zwar legitimi Ascendenten da, welche aber in concreto kein Recht auf den Pflichttheil haben, so können die natürlichen Kinder auf das Ganze eingesetzt werden, es genügt aber das bloße Vorhandenseyn legitimer Descendenten (oder einer rechtmäßigen Gattin), um die Erbfähigkeit der natürlichen Kinder auf $\frac{1}{12}$ zu beschränken.

Wie nun aber, wenn der Erblasser seine legitimen Descendenten gehörig enterbt und die natürlichen Kinder eingesetzt? Dieser Fall muß consequenterweise eben so behandelt werden, als wenn ein durchaus Unfähiger zum Erben eingesetzt ist, also das ganze Testament gilt nicht, mithin bekommen die enterbten Descendenten als Intestaterben Alles. Nur wenn die Codizillarclausel hinzugefügt wäre, würde sich hier der Unterschied zwischen absoluter Erbunfähigkeit und bloßer Erbbeschränkung von Einfluß erweisen: die legitimen Descendenten müßten alsdann den natürlichen Kindern das, was diese aus dem Testamente ihres Vaters gesetzlich erhalten können, also $\frac{1}{12}$ der Verlassenschaft, als Fideicommiß restituiren [95]).

94) *H.* Donellus in comment. jur. civ. Lib. VI. cap. XVII. §. 27.

95) Arg. L. 3. pr. L. 8. §. 1. D. *de jure codicillor.* (XXIX. 7.). L. 77. §. 23. D. *de leg. II.* — Ich finde übrigens die im Texte berührten Puncte bei keinem der von mir verglichenen Schriftsteller erwähnt. Wenn übrigens die Practiker die Frage nach dem heutigen Gebrauche dieser gesetzlichen Bestimmung so stellen: ob das Testament in so weit, als die unehelichen Kinder darin ultra unciam zu Erben eingesetzt sind, umgestoßen werden könne? (s. Leyser Med. ad Pand. Sp. 356. m. 12.), so scheint es, daß sie der Meinung sind, es sei ein solches

Welche Kinder sind hier aber unter naturales liberi zu verstehen? Nach der gewöhnlichen (ja kaum bezweifelten) Annahme, sind es die mit einer Concubine erzeugten Kinder; andere uneheliche Kinder (wenigstens diejenigen, welche nicht aus Incest und Ehebruch erzeugt seien) hätten nach Röm. Rechte vom Vater ohne alle Einschränkung eingesetzt werden können. Daraus folgert man denn die Unanwendbarkeit dieser gesetzlichen Vorschrift, weil dies Recht ein singuläres, folglich auf Concubinenkinder zu beschränken, der Concubinat aber in Deutschland unbekannt sei [96]). Es kommt hier Alles darauf an, welche Kinder hier unter naturales liberi gemeint seien? In unseren Rechtsquellen findet sich nirgends eine feste und bestimmte Bedeutung der naturales im Gegensatze der legitimi [97]). Ganz entschieden wird der Ausdruck angewandt a) auf die Kinder, welche ein Sclave in contubernio, oder ein Herr mit seiner eignen Sclavin erzeugt hat [98]); b) auf die aus dem Zusammenleben (con-

Testament in allen Fällen für den Theil giltig, welchen die natürlichen Kinder erhalten können.

96) S. Brunnemann comment. in Cod. ad L. 2. C. *de naturalib. lib.* Nr. 9—11. *Sim. a* Groenewegen Tr. *de legib. abrogat.* ad Tit. Cod. *de naturalib. lib.* p. 589. Höpfner im Comment. §. 487. Nr. 3. und dazu die Note 5. Schriftsteller, welche sich für die entgegenstehende Meinung erklären, sollen weiter unten genannt werden.

97) Daß auch eheliche Kinder als naturales, oder natürlich erzeugte, den Adoptivkindern entgegengesetzt werden, ist bekannt. S. Pr. I. *de adopt.* §. 2. I. *de hereditat. quae ab intest. defer.*

98) §. 5. I. *qui et quib. ex causis manumittere non poss.* L. 33. pr. D. *ad Leg. Aquil.* (IX. 2.). L. 34.

sortium) mit einer freien Frau auſſerehelich erzeugten Kinder [99]). — Der aus dem auſſerehelichen Beiſchlafe mit einer Frau, mit welcher man nicht als Haus- und Bettgenoſſin lebte, Erzeugte, hieß spurius [100]); hier iſt nur die Mutter gewiß, der Vater iſt es nicht [1]), und darum kommen ihm in Beziehung auf den Erzeuger auch nicht die Rechte und der Name eines natürlichen Kindes zu. Zwar wurden ſie im gemeinen Leben auch wohl naturales genannt, und ſelbſt Theophilus wirft hier rechtlich ganz verſchiedene Begriffe zuſammen, wenn er ſagt: das mit einer Concubine, ſo wie das mit einer me-

pr. D. *mandati.* (XVII. 1.). L. 5. pr. D. *de praescr. verb.* (XIX. 5.). L. 3. pr. D. *de lib. causa.* (XL. 12.). L. 2. C. *si mancipium ita fuerit alienatum* u. ſ. w. (IV. 57.). L. 4. C. *de interdicto matrim.* (V. 6.). Paulli sent. rec. Lib. V. Tit. VI. §. ult.

99) L. 1. (oder bei Wenck L. 4.) Th. C. *de naturalib. fil.* — „si *ex consortio* cujuslibet mulieris naturales susceperit“ —).

100) §. 12. I. *de nupt.* — „vel a graeca voce, quasi σποράδην concepti, vel quasi sine patre filii.“ — Vgl. L. 23. D. *de statu hom.* (I. 5.). L. 25. in f. D. *de capt. et postlim.* (XLIX. 15.) — „quasi sine marito natus spurius habebitur.“ — S. über die Ableitung des Worts und über den Unterſchied zwiſchen den naturales (auch nothi genannt) und den spurii hauptſächlich Cujacii observat. Lib. V. c. 6. Vgl. Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Popp. p. 170. *H. C.* Stever an e jure just. patri incumbat onus alendi spurios? (Rost. 1826.) Cap. 2. p. 19—36.

1) §. 12. I. *de nupt.* — „nec patrem habere intelliguntur, cum incertus est. — §. 3. (*al.* 4.) I. *de success. cognator.* — Ulpiani Fragm. Tit. IV. §. 2.

retrix erzeugte Kind ſei naturalis filius — φυσικὸς ὁ παῖς [2]). Allein in unſeren Rechtsquellen werden ſie ſehr genau von einander unterſchieden [3]). Uebrigens konnte die Erzeugung aus unerlaubten und verbotenen Geſchlechtsverbindungen nicht mehr Wirkungen haben, wie die aus zufälliger Verbindung, und darum werden denn auch die ex incestis nuptiis nati wohl geradezu spurii genannt [4]). Aber nicht alle naturales liberi hatten Rechte gegen ihren Vater und die Fähigkeit, durch ſ. g. Legitimation das Recht ehelicher Kinder zu erhalten; ſo namentlich nicht die mit einer Sclavin erzeugten [5]). Daraus erklärt ſich die Verordnung der Kaiſer Theodoſius und Valen-

2) Theophilus in paraphr. ad §. 12. I. *de nupt.* — Gegen den Vorwurf, welchen Fabrotus hier dem Theophilus macht, ſucht dieſen zu vertheidigen D. W. Reitz in ſeiner Ausg. des Theophilus l. l. Note k. Doch giebt er ſelber zu, daß der Ausdruck liberi naturales in unſeren Rechtsquellen regelmäßig nur auf die ex consortio erzeugten Kinder bezogen werde, die L. 1. C. *de naturalib. libris* aber, welche er als Ausname anführt, ſagt nur: gewiſſe Kinder ſollen keinen Theil an dem Vater haben, wenn dieſer ſie auch als legitimi oder naturales bezeichnet habe. Allenfalls die L. 7. C. *eod.* läßt ſich ſo verſtehen, daß naturales liberi hier überhaupt für uneheliche Kinder genommen ſeien. (Juſtinus verbietet die Abrogation der naturales, welche *ex cujuslibet mulieris cupidine* erzeugt ſeien).

3) S. z. B. L. (rest.) 45. (al. 44. C. *de episc. et cler.* (I. 3.). Nov. 74. c. 6. u. n. weiter unten zu nennende Stellen.

4) L. 45. C. *de episc. et cler.* L. 6. C. *de suis et legitim.* (VI. 55.).

5) L. 1. C. *de naturalib. lib.* — Aufgehoben iſt dieſe Beſchränkung von Juſtinian in der L. 78. c. 4.

tianus, wovon uns nur Bruchstücke aus dem Taurinischen Palimpsest erhalten sind [6]). „Naturalium nomen (heißt es hier) sancimus imponi iis, quos sine honesta celebratione matrimonii procreatos, legitima conjunctione fuderit in lucem; servos autem ex ancillae utero ipso jure generatos —, quamvis per vim naturae ne illis quidem possit naturalium nomen auferri“ [7]). So kam es denn, daß der rechtliche Begriff von naturales liberi sich auf die im Concubinat oder der natürlichen Ehe erzeugten Kinder beschränkte. An ausdrücklichen Bestimmungen hierüber in unseren Rechtsquellen fehlt es freilich; allein immer ist ihr Inhalt von der Art, daß dadurch die bei nichtjuristischen Schriftstellern der späteren Zeit sich findenden Angaben des Begriffs eine erhebliche Unterstützung erhalten. Diese aber erklären geradezu: naturales seien Concubinenkinder. So der Grammatiker Isidorus: „naturales autem dicuntur ingenuarum concubinarum filii, quas sola natura genuit, non honestas conjugii“ [8]). Von Aeußerungen unserer Rechtsquellen, welche diesen Begriff eben-

6) Bei Wenck als L. 7. Th. C. *de naturalib. fil.*

7) Das Fragment bricht mit den Worten ab: in hereditariis tamen cor — — —, wahrscheinlich folgte also die Bestimmung, daß diese Kinder zu dem väterlichen Vermögen, wie andere körperliche Rechtsobjecte gehörten, mithin keinerlei Rechte gegen den Vater haben könnten. S. auch die Lex Romana Burgundiorum Tit. XXXVII. in der Ausg. von Barkow p. 110. u. Wenck in not. u. zu dieser Stelle des Theodosischen Codex.

8) Isidorus origin. Lib. IX. c. 5. (bei Gothofredus in den auctt. lat. ling. p. 1055.). — Vergl. auch die bei Brissonius de V. S. aus dem Kirchenvater Augustinus und A. angeführten Stellen.

falls anerkennen, wird noch weiter unten die Rede seyn. Betrachten wir jetzt die hieher gehörigen Erbeinschränkungen noch etwas genauer.

Daß in früheren Zeiten uneheliche Kinder von ihrem Vater eingesetzt werden konnten, ist nicht zu bezweifeln. So werden namentlich naturales liberi als testamentarische Erben ihres Vaters erwähnt [9]), und es ist kein Grund vorhanden, dies auf Sclavenkinder einzuschränken, wie von den Auslegern der Pandektenstellen gewöhnlich angenommen wird [10]). Erst der K. Constantin verordnete, daß den natürlichen Kindern weder durch Geschenke noch durch Testament etwas zugewendet werden solle, geschehe es dennoch, so solle dies den legitimen Kindern, den agnatischen Geschwistern, oder dem Vater des Erblassers zufallen, in deren Ermanglung aber vom Fiscus vindizirt werden [11]). Die Constitution ist nicht vollständig auf uns gekommen, und namentlich fehlt der Eingang, in welchem die hier gemeinten Kinder näher bezeichnet waren; daß Constantin aber die naturales liberi im e. S. nannte, ist wenigstens sehr wahrscheinlich, wenn man erwägt, wie abhold der Kaiser dem Concubinate war, welchen er ja überhaupt nicht geduldet haben wollte [12]).

9) L. 45. pr. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.). L. 17. §. 4. D. *ad Sct. Trebell.* (XXXVI. 1.).

10) So von Cujacius ad L. 77. §. 13.; in Lib. VIII. responsor. Papiniani Tom. IV. p. 1156. ed. Neapol. S. auch *A.* Schulting not. ad Dig. L. 17. §. 4. *de Scto Treb.* Tom. V. p. 585.

11) Bei Wenck die L. 2. Th. C. *de naturalib. lib.* (aus d. J. 336.).

12) Vgl. Heineccius ad Leg. et Jul. et Pap. Popp. p 145 sq. Jordens Diss. I. de legitim. Cap. III. §. 11.

Im demselben Jahre (336) erließ er eine andere Constitution [13]), worin die Senatoren und gewisse andere Standespersonen mit Infamie bedroht wurden, wenn sie ihren mit einer Sclavin, mit einer Freigelassenen, mit einer Schauspielerin, mit einem Ladenmädchen (tabernaria), und mit anderen Weibspersonen niederer und verächtlicher Art, so wie mit den Töchtern der genannten Personen erzeugten Kindern, durch Liberalitätshandlungen etwas zuwenden würden, sie möchten dieselben als legitime Kinder, oder als naturales betrachten. Das Geschenkte solle den legitimen Descendenten und anderen nahen Verwandten zufallen, oder wenn diese nicht vorhanden seien, oder auch es nicht haben wollten, dem Fiscus. Ein Gleiches soll in Beziehung auf die der Beischläferin gemachten Zuwendungen gelten, welche hier als **uxor** bezeichnet wird, so daß also auch diese Constitution unbedenklich von einer Geschlechtsverbindung in Form einer Ehe oder eines Concubinats verstanden werden darf. Hieran schließt sich denn eine Constitution der KK. Valentinian, Valens und Gratian (aus dem J. 371), des Inhalts, daß, wer legitime Descendenten oder Ascendenten hinterlasse, den naturales, welche er *ex consortio* **cujuslibet mulieris** susceperit, ein Zwölftheil durch Schenkungen oder Testament zuwenden dürfe, seien die zuerst genannten Personen aber nicht vorhanden, so könne er den natürlichen Kindern oder deren Mutter (welche auch hier wieder als **mulier**, *quam sibi adjunxerat* bezeichnet wird) drei Zwölftheile zuwenden [14]). Eine Constitution der Kaiser

13) Bei Wenck L. 3. Th. C. *de naturalib. fil.*; in den Justinianischen Codex aufgenommen als L. 1. C. *de naturalib. liberis.*

14) In der früheren Ausg. L. 1., bei Wenck L. 4. Th. C.

Arcadius und Honorius ſtellte Conſtantins Geſetz wieder her [15]), hierauf erfolgte aber die oben erwähnte und in den Juſtin. Codex als L. 2. C. *de naturalib. lib.* aufgenommene Conſtitution von Theodos, welche die Verordnung der KK. Valentinian, Valens und Gratian erneuerte [16]). In den meiſten dieſer Verordnungen iſt die Geſchlechtsverbindung, woraus die natürlichen Kinder erzeugt ſeien, als eine eigentliche Genoſſenſchaft zwiſchen Mann und Weib (gleichviel ob einer freien Frau oder einer ancilla) bezeichnet, ſo daß es keinem Zweifel unterworfen iſt, daß die naturales liberi hier die aus einem ſolchen consortium erzeugten Kinder, im Gegenſatze der eigentlichen Spurii ſeien [17]). Schon darum dürfen wir Juſtinians Beſtimmung in der Nov. 89. Cap. 12. ebenfalls nicht auf alle uneheliche Kinder, ſondern nur auf die naturales in jenem techniſchen Sinne beziehen. Aber auch in dieſer Novelle finden wir ſehr beſtimmte Andeutungen, daß der Kaiſer nur an dieſe naturales dachte. Nicht nur bezieht ſich der Kaiſer wiederholt auf die früheren Conſtitutionen über die naturales liberi, ſondern in dem Cap. 1. giebt er auch eine Art von philoſophiſcher Entwickelung des Eherechts; er unterſcheidet hier die natürliche und die juriſtiſche Ehe, indem er bemerkt, daß die aus erſterer Entſproſſenen von Natur glei-

de nat. fil. S. auch J. Gothofredus. Vgl. daſelbſt beſonders den §. 4. (At quomodo).

15) L. 5. Th. C. *de naturalib. fil.* (bei Wenck).

16) S. die Noten 87 fgg. der vorigen Centurie und den dazu gehörigen Text.

17) Vgl. *J.* Gothofredus l. l. (comment. ad L. 1. Th. C. *de nat. fil.* nach ſeiner Ausg. §. 4.) und Bd. 35. S. 159. 160. Not. 46. 48. d. Comment.

ches Recht haben, die Verschiedenheiten, so wie überhaupt der Begriff einer juristischen Ehe aber erst durch das positive Recht eingeführt seien. Hierzu kommt, daß Justinian da, wo er von der Intestatsuccession der natürlichen Kinder spricht [18], ganz ausdrücklich der Concubine (παλλακη) erwähnt, und zugleich einschärft (was auf fest bekannten Rechtsvorschriften beruht), daß das Recht der natürlichen Kinder denen nicht zustehen solle, deren Vater zur Zeit ihrer Erzeugung mehr als eine Beischläferin gehabt habe, indem der Concubinat das factische Abbild der Ehe sey, folglich neben der Concubine kein anderes Weib gehalten werden dürfe [19]. Wie läßt sich also wohl annehmen, daß der Kaiser in dem vorausgehenden Theile des Gesetzes andere uneheliche Kinder vor Augen gehabt habe? Endlich darf nicht ausser Acht gelassen werden, daß die ratio legis, worauf die Erbbeschränkung der naturales liberi beruht, wahrscheinlich die Befürchtung ist: die nicht aus rechter Ehe erzeugten Kinder möchten die Liebe des Vaters den ehelichen Kindern schmälern, oder wohl gar ganz entziehen. Diese Befürchtung tritt aber nur da ein, wo die unehelichen Kinder im Hause des Vaters und mit ihm leben, was bei den mit der Concubine oder der eignen Sclavin erzeugten Kindern der regelmäßige Fall, bei anderen ausserehelichen Kindern wohl eben so selten, wie jetzt, der Fall war [20].

18) Nov. 89. c. 12.; in dem Pr. findet sich eine, wenngleich nicht vollständige Geschichte der früheren, diesen Gegenstand betreffenden Verordnungen. Ueber die Schlußworte dieser Stelle s. Wenck ad L. 5. Th. C. cit. Note 2.

19) Nov. 89. c. 12. §. 5.

20) *C. F.* Hommel rhapsod. quaest. obs. 373. Höpfners Comment. §. 487. Nr. 3. a. E.

So beruht denn allerdings die oben (zur Note 96.) erwähnte Ansicht über den heutigen Gebrauch dieser Beschränkung auf ganz guten Gründen, obgleich diejenigen, welche sie vortragen, es meistens an dem Versuche einer gehörigen Begründung fehlen lassen, welche hauptsächlich von Feststellung des Begriffs der naturales liberi abhängt. Daher erklärt es sich wohl, daß manche Gerichte und Schriftsteller kein Bedenken trugen, die Anwendung dieser Bestimmungen des Röm. Rechts auf alle uneheliche Kinder anzunehmen [21]). Andere sind der Meinung, daß die aus einer erlaubten Geschlechtsverbindung (dem Concubinate) Erzeugten nicht schlechter daran seyn könnten, als diejenigen, welchen ein stuprum, also ein unerlaubter Beischlaf, ihr Daseyn gegeben habe [22]). Carl Ferdinand Hommel misbilligt diesen Grund an sich nicht, und führt zu dessen Unterstützung noch die Regel an: quod in odium alicujus introductum est, non debet in ejus favorem redundare [23]). Offenbar will er damit sagen: es liege dem hier zur Frage stehenden Rechtssatz ein odium ausserehelicher Verbindungen zu Grunde, mithin dürfe derselbe nicht so ausgelegt werden, daß die strafbare Verbindung begünstigter erscheine, als die erlaubte. Es ist dies also ebenfalls nur eine Argumentation a ratione fortiori, die aber nicht zulässig ist, weil überhaupt eine analogische Rechtsanwendung bei singulären Rechten für unstatthaft gehalten werden muß. Eher könnte man sich noch darauf berufen, daß der K. Constantin

21) S. *Andr.* Gaill pract. obs. Nr. 88.

22) So die Helmstädter Juristenfacultät bei Leyser med. ad Pand. Sp. 356. m. 12.

23) Rhapsod. quaest. obs. 373. Vgl. ebendas. obs. 384.

stantin, von dem die Erbbeschränkung der natürlichen Kinder herrührt, ja auch den Concubinat für eine unerlaubte Verbindung erklärt habe [24]). Indessen abgesehen davon, daß dies Verbot ja zur Zeit Justinians nicht mehr galt, so darf ja diese Erbbeschränkung überhaupt nicht aus der Strafwürdigkeit solcher Geschlechtsverbindungen abgeleitet werden, sondern die eigentliche ratio legis ist das für die legitimen Descendenten gefährliche Zusammenleben der natürlichen Kinder und des Vaters. Uebrigens ist Hommel selbst der Meinung, daß die Erbbeschränkung nicht mehr gelten könne, theils weil dieselbe als indirecte Beschränkung des Concubinats zu betrachten sei, theils weil die Concubinenkinder im Hause des Vaters erzogen worden seien und es daher leicht habe geschehen können, daß er sie lieber habe, als die ehelichen, wogegen heutiges Tages ein Vater seine unehelichen Kinder kaum kenne. — Sam. Stryk bezeugt, daß nach der in der Praxis gemeinhin befolgten Ansicht die Erbbeschränkung auf uneheliche Kinder angewandt werde, obgleich er dies für unangemessen erklärt [25]), wogegen wieder David Georg Struben diese Meinung für juristisch wohl begründet hält, da alle uneheliche Kinder bei uns ex nefariis complexibus nati seien [26]), das Röm. Recht selbst aber die ex damnato coitu entsprossenen Kinder von der Erbfolge ausschliesse [27]), weshalb denn

24) Doch ist dieß jedenfalls noch sehr problematisch. S. die oben Note 12. angef. Schr.

25) *Sam.* Stryk in usu mod. Pand. tit. *de heredib. instit.* §. 3.

26) In den rechtl. Bedenken Bd. I. Nr. 48. u. Bd. IV. Nr. 130.

27) Er bezieht sich dabei auf die, aus Nov. 89. c. 12. u. 15. excerpirte auth. *Licet C.* de naturalib. liber; deren Worte weiter unten vorkommen werden.

die Hannöversche Justizcanzlei sogar erkannte, daß der Grosvater auch dem unehelichen Kinde seiner Tochter nichts vermachen könne [28]). Indessen soweit gehen doch nicht Alle, welche sonst die Anwendbarkeit der Beschränkung auf uneheliche Kinder überhaupt für zweifellos halten, daß sie dieselbe auch auf die Enkel ausdehnen [29])!

Bei dieser großen Meinungsverschiedenheit nun muß die consequentere Ansicht jeder anderen vorgezogen werden; als die consequentere ist aber gewiß die anzusehen, welche sich gegen die Anwendbarkeit erklärt. Denn 1) wird man nie einen allgemeinen Rechtssatz im Röm. Rechte nachweisen können, wonach die aus verbotenem Umgang erzeugten Kinder von ihrem Vater nicht eingesetzt werden dürfen. Wenn es nämlich auch in der Auth. licet C. *de naturalib. liberis* heißt: „Sed qui ex damnato sunt coitu, omni prorsus beneficio excludantur," so ist hier doch nur von Alimentation und Intestatsuccession die Rede, und ohnehin nicht einmal anzunehmen, daß die Novelle, woraus die Auth. licet genommen ist, so wie der Verfasser dieser Authentike an die aus einem einfachen stuprum erzeugten Kinder hierbei gedacht haben. Geht nun aber die Beschränkung lediglich auf naturales liberi im technischen Sinne des Röm. Rechts, so folgt 2) von selbst, daß sie nicht auf alle uneheliche Kinder bezogen werden könne, nicht nur weil singuläre Rechtssätze strict zu interpretiren sind, sondern auch, weil selbst die ratio legis auf die aus einem einfachen stuprum erzeugten Kinder nicht einmal paßt. Und was 3) die von Manchen bezeugte Praxis für das Gegentheil anbe-

28) Struben rechtl. Bed. Bd. I. Nr. 48.

29) Gail pract. Obs. 88. Nr. 15.

trifft, so lassen sich diesen Zeugnissen mindestens eben so viele entgegenstellen, wodurch die Unanwendbarkeit der Beschränkung anerkannt wird [30]). Hätte sich indessen auch in einem oder dem anderen Lande eine feststehende, d. h. gewohnheitsrechtliche Praxis für die Anwendbarkeit gebildet, so darf diese doch im Zweifel nicht auf Enkelkinder ausgedehnt werden, da die Erweiterung eines an sich schon harten und unbilligen Rechtssatzes in keinem Falle zu begünstigen ist. Hart und unbillig darf man aber wohl ein Recht nennen, welches schuldlosen Kindern Rechte entzieht, die fremden Personen zustehen.

3) Gewisse relative Erbbeschränkungen sind eine Folge eigentlich verbotener Geschlechtsverbindungen: es können nämlich diejenigen einander durch Testament nichts zuwenden, welche in einem ehebrecherischen Umgange gelebt haben [31]), und eben so wenig darf man der Person etwas hinterlassen, mit welcher man ein stuprum verübt hat [32]); besondere Wirkungen hatten in dieser Beziehung incestuöse Geschlechtsverbindungen. Nur davon ist hier noch kürzlich zu handeln. — Durch eine Constitution der KK. Arcadius und Honorius (J. 396.) wurde verordnet: Wer in einer incestuösen Geschlechtsverbindung lebe oder gelebt habe („Si quis incesti vetitique conjugii sese nuptiis funestaverit"), Mann oder Weib, solle weder dem anderen Theile, noch den aus dieser Verbindung erzeugten Kindern durch Schenkung oder Testament etwas

30) S. die Note 96. der vorigen und Note 20. dieser Centurie angef. Schr. — Auch darf ich mich hier noch auf ein Präjudiz der Rostocker Juristenfacultät aus dem J. 1812. (wenn ich nicht irre) beziehen.

31) Siehe S. 277. dieses Bandes Note 73.

32) S. 277 fgg. dieses Bandes.

zuwenden, ja testamentarisch dürfe er überhaupt nur zum Besten seiner legitimen Descendenten, Ascendenten, Geschwister, so wie des Vaterbruders oder der Vaterschwester verfügen, soferne nicht eine dieser Personen zur Eingehung der verbotenen Verbindung behilflich gewesen sei, in welchem Falle der zunächst auf ihn Folgende an seine Stelle treten solle. Sei keine der Personen vorhanden, welche das Gesetz allein für erbfähig erklärt habe, so trete der Fiscus ein [33]). Die Nov. 12. bestimmt die Sache etwas anders. Die in solchen Geschlechtsverbindungen lebenden Personen werden mit Landesverweisung bestraft, und haben sie keine legitimen Descendenten, so soll ihr Vermögen noch bei ihrem Leben confiscirt werden, sonst aber sofort der legitimen Descendenz anfallen, jedoch mit der Verbindlichkeit, dem Vater oder der Mutter die Alimente, und überhaupt die nöthigsten Lebensbedürfnisse zu verabreichen (Cap. 1. u. 2.). Jedoch soll das Gesetz nur für diejenigen gelten, welche künftig dergleichen Verbindungen eingehen. Waren dieselben zur Zeit der Erlassung des Gesetzes bereits aufgelöst, so fällt alle Strafe weg. Bestanden sie aber damals noch, so fällt der vierte Theil des Vermögens dem Fiscus an, es muß aber innerhalb zweier Jahre die Verbindung aufgelöst werden. Die daraus erzeugten Kinder beerben die Eltern ab intestato, können aber durch Testament ausgeschlossen werden, falls sie eine Enterbung verdient haben. Sind eheliche Descendenten vorhanden, so ist diesen der Pflichttheil zu hinterlassen [34]), falls sie nicht auf gehörige Weise

33) L. 3. Th. C. *de incest. nupt.* (III. 12.); mit einigen Weglassungen in Justinians Codex aufgenommen als L. 6. C. *de inc. nupt.* (V. 5.).

34) Das Gesetz nennt den vierten Theil des Vermögens;

enterbt werden, den inceſtuöſen Kindern kann aber der vierte Theil zugewandt werden [35]), und zwar von dem Vermögen, welches nach Abzug des dem Fiscus gebührenden Viertheils übrig bleibt. Wird die Verbindung nicht innerhalb zweier Jahre aufgelöſt, ſo treten die oben beſtimmten Nachtheile ein, und die daraus erzeugten Kinder haben keinen Theil an dem Gute ihrer Eltern (Cap. 3.). Die in dieſem Capitel enthaltenen Beſtimmungen kommen natürlich überall nicht weiter in Betracht, da ſie nur tranſitoriſch ſind. In der aus dieſer Novelle hergenommenen Authentike finden ſie ſich daher auch nicht berückſichtigt; ſie enthält nur die Vorſchrift: daß die in inceſtuöſen Verbindungen lebenden Perſonen exilirt, ihr Vermögen aber confiscirt werden ſolle, auſſer wenn ſie legitime Kinder haben, denen es alsdann, unter der Verbindlichkeit die Eltern zu alimentiren, anfalle [36]).

Knüpfen wir nun an die Darſtellung des Inhalts der Geſetze die Erörterung einiger beſonderen Puncte:

a) Meiſtens wird in den Lehr- und Handbüchern des Civilrechts auf die Novelle und die daraus excerpirte

offenbar aber iſt hier der Pflichttheil gemeint, welcher erſt durch eine ſpätere Novelle (durch Nov. 18.) auf ein Drittheil oder die Hälfte (je nach der Anzahl der Kinder) erhöhet wurde.

35) Auch dieſe Beſtimmung hält die Gloſſe durch die ſpätere Vorſchrift über den Pflichttheil für abgeändert; vgl. Gl. Accursii *praecipimus* mit der vorausgehenden Gl. *quarta* ad Nov. 22. c. 3. Indeſſen iſt dieſe Annahme doch bedenklich, da die aus inceſtuöſen Verbindungen Entſproſſenen, als illegitime Kinder, ein Pflichttheilsrecht überall nicht in Anſpruch nehmen durften. S. §. 12. I. de *nupt.*

36) Auth. *incestas nuptias* C. *de incest. nupt.*

Authentike nicht die gehörige Rücksicht genommen, sondern man begnügt sich gewöhnlich damit, zu sagen: daß die in einer incestuösen Geschlechtsverbindung lebenden Personen, weder einander selbst noch den aus dieser Verbindung erzeugten Kindern etwas durch Testament zuwenden können [37]). Doch darf man daraus allein nicht auf die Unanwendbarkeit der in der Novelle enthaltenen Bestimmung schließen, und es fragt sich nur: ob den incestuösen Eltern dadurch die testamentifactio ganz entzogen sei, oder nicht [38])? Das Gesetz bedroht sie mit der Landesverweisung; der dabei gebrauchte Ausdruck ἐξόρια ist zwar in der Vulgata durch *exilium* übersetzt, was eigentlich eine mit dem Verlust der Civität verknüpfte Verweisung bedeutet [39]). Indessen der Ausdruck des Originals ist zweideutig und kann auch auf die einfache d. h. nicht mit Verlust der Civität verbundene Verweisung (relegatio) gehen [40]), daß diese aber hier nur gemeint sei, ergiebt sich wohl mit ziemlicher Bestimmtheit aus der sonst durchaus überflüssigen Vorschrift des zweiten Capitels: daß die Kinder zur Strafe des Vaters sui juris

37) Es sind auch wohl die Kinder allein genannt; so bei Thibaut Pand. Bd. II. §. 944. Nr. II. 1.; Hartitzsch Erbrecht §. 26. Nr. 3. u. A. Wie sich übrigens hiermit die Bestimmung vertragen soll: die in einer incestuösen Verbindung lebenden Personen sei in Ansehung ihres gegenwärtigen Vermögens die Testirfähigkeit ganz entzogen (Thibaut Pd. Bd. II. §. 948. Nr. 5.), ist schwer zu begreifen.

38) Dies behauptet Hofacker princip. jur. civil. Rom. T. II. §. 1255. Nr. d., wobei er sich nicht einmal auf die Novelle, sondern nur auf die L. 6. C. stützt.

39) Brissonius de V. S. v. *exilium* §. 1.

40) *Nic.* Antonius de exilio Lib. II. Cap. 1. Nr. 4.; (bei Meerman thes. T. III. p. 49.).

werden sollen: denn verlor der Vater durch die Strafe die Civität, so verstand sich dies ja schon ganz von selbst [41]). Nach dem jetzt geltenden Rechte ist es übrigens durchaus gleichgiltig, in welchem Sinne man jenen Ausdruck nimmt, da die Entziehung der Civität die Fähigkeit zu testiren ja überhaupt nicht mehr aufhebt [42]). Mithin kommt für unsere Frage nur noch der Theil der Vorschrift in Betracht, daß das Vermögen der in solcher Verbindung lebenden Personen entweder confiscirt werden, oder den legitimen Kindern anfallen solle. Ist denselben also hiedurch die Testamentsfähigkeit ganz entzogen? Dies würde allerdings behauptet werden können, wäre die Confiscation die Folge einer verhängten Todesstrafe [43]). Da dies aber nicht der Fall ist, so darf man die gesetzliche Bestimmung auch nur auf das zur Zeit der Verurtheilung vorhandene Vermögen beziehen. Dies hört auf, Vermögen des Verurtheilten zu seyn; darüber also darf derselbe nicht mehr, weder unter Lebenden noch auf den Todesfall, verfügen. An sich ist ihm mithin das Recht zu testiren nicht entzogen, und wird daher in Ansehung des etwanigen künftigen Erwerbs immer noch wirksam ausgeübt werden dürfen [44]). Eine andere Frage aber ist: ob der im Röm. Rechte auf den Incest gesetzte so-

41) S. Martin Lehrbuch des Criminalrechts §. 282. Note 8. S. 734 fg. A. M. ist Wächter über Testirunfähigkeit wegen begangener Verbrechen, im Archiv für civilist. Praxis Bd. XVII. Abh. XIV. S. 435. u. das Note 29.

42) Vgl. Bd. 34. d. Comment. S. 64 fg. Wächter a. a. O. S. 437.

43) S. oben S. 37 fg. dieses Bandes.

44) Wächter a. a. O. S. 436. Vergl. v. Buchholtz jur. Abhandl. Nr. V. S. 116.

fortige Vermögensverluſt jetzt überhaupt noch zur Anwendung komme? Die bei weitem überwiegende Anzahl der Rechtsgelehrten läugnet dies [45]); ſchließt man ſich aber dieſer Meinung an, ſo wird man die durch die L. 6. C. *de incest. nupt.* angeordnete relative Beſchränkung der Teſtaments- und Erbfähigkeit wieder eintreten laſſen müſſen. Zwar konnte dies Recht neben dem der Novelle nicht weiter beſtehen; allein die Aufhebung deſſelben iſt nicht ausdrücklich ausgeſprochen, ſondern nur als mittelbare Folge der neueren Rechtsbeſtimmung anzuſehen. Und ſo dürfte denn die Beſtimmung unſerer Lehrbücher: die in einer inceſtuöſen Geſchlechtsverbindung lebenden Perſonen können weder einander ſelbſt, noch die daraus erzeugten Kinder zu Erben einſetzen, gerechtfertigt erſcheinen.

b) Es iſt wohl kaum einem Zweifel unterworfen, daß die geſetzlichen Beſtimmungen nicht auf den auſſereheliſchen Inceſt gehen, ſondern auf die unter der Form der Ehe geſchloſſene inceſtuöſe Verbindung. Ausdruck und Inhalt der Geſetze deuten durchaus beſtimmt darauf hin. Es iſt hier die Rede von einem vetitum *conjugium*, von incestae nuptiae, von einer verſprochenen oder gegebenen *dos*; ferner iſt den daraus erzeugten Kindern die geſetzliche Erbfolge abgeſprochen, was ja überall nicht nöthig geweſen wäre, wenn man dabei an das inceſtuöſe stuprum gedacht hätte, indem spurii ja ohnehin keine Rechte in Beziehung auf den väterlichen Nachlaß haben [46]). So leidet es denn keinen Zweifel, daß die aus

45) Vgl. v. Quiſtorp Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts Bd. I. §. 506 a. u. die daſ. in der Note t. angef. Schrift. Heffter Lehrb. des gem. deutſchen Criminalrechts §. 487. Note 5. Wächter a. a. O. S. 437.

46) C. Ph. v. Bülow von der Erbfähigkeit der aus Inceſt.

einem incestuosen stuprum erzeugten Kinder hätten eingesetzt werden können, falls die Beschaffenheit der auf einen solchen Incest gesetzten Strafen, überhaupt mit dem Recht der activen testamentifactio vereinbarlich gewesen wäre. Dies nun war nicht der Fall, da auf den aufserehelichen Incest Deportation stand, also Verlust der Civität [47]). Dadurch geht aber jetzt die Fähigkeit zu testiren nicht mehr verloren, es fragt sich daher: ob denn h. z. T. den aus einem incestuösem stuprum entsprossenen Kindern von ihren Eltern durch Testament etwas zugewandt werden dürfe? Daß die aus incestuosen Geschlechtsverbindungen entstandenen Kinder als spurii bezeichnet werden [48]) ist kein Grund die Frage zu verneinen; denn dieß heißt nur: sie haben weder die Rechte der ehelichen Kinder, noch der naturales, wenngleich die Verbindung ihrer Eltern als eine dauernde und unter der Form der Ehe eingegangen ist. Sollte hieraus gefolgert werden, daß diese Kinder von ihren Eltern nicht zu Erben eingesetzt werden dürften, so müßte die Argumentation sich darauf gründen, daß ein Vater auch seine spurios nicht einsetzen könne. Da dies aber unserer obigen Ausführung (S. 323.) zufolge, falsch seyn würde, so ergiebt sich hieraus vielmehr, daß jenen Kindern alle Rechte der spurii zustehen, sofern sie ihnen nicht ausdrücklich entzogen sind. Die Erb-

Ehebruch und verbotenen Ehen entsprossenen Kindern; in dessen Abhandl. über einzelne Materien des Röm. bürgerl. Rechts. Nr. VIII. S. 232—236. S. 237 fgg. Spangenberg im Archiv für civ. Praxis Bd. XII. S. 452. Wächter a. a. O. S. 435.

47) L. 5. D. *de quaestionib.* (XLVIII. 18.).

48) §. 12. I. *de nupt.*

fähigkeit der aus einem Inceſt erzeugten Kinder finden wir aber ausdrücklich nur für den Fall beſchränkt, wenn die Verbindung in Form einer Ehe eingegangen war; die aus einem inceſtuoſem stuprum Entſproſſenen ſind alſo eben ſo wohl, wie die gewöhnlichen spurii, für erbfähig zu halten; daß nach allgemeinen Grundſätzen die inceſtuöſe Verbindung ohne die Form der Ehe eben ſo ſtrafbar iſt, wie die auſſereheliche, entſcheidet hier nichts, da doch immer den Kindern das Verbrechen der Eltern fremd iſt, mithin der Nachtheil, womit das Geſetz die Kinder bedroht, als ein durchaus ſinguläres und unbilliges Recht buchſtäblich interpretirt werden muß [49]).

c) Manche wollen die Erbbeſchränkung auch auf adulterini anwenden, weil die Nov. 12. c. 1. von nuptiae ſpricht, „quas lex incestas, *nefarias et damnatas* vocat.“ Allein der ganze Zuſammenhang beweiſt, daß dadurch nur ein und derſelbe Begriff bezeichnet werden ſollte [50]); adulterini können aber ſchon darum nicht gemeint ſeyn, weil dieſe überhaupt nicht ex nuptiis entſproſſen ſind, ſondern aus einer auch der Form nach auſſerehelichen Verbindung. Es ſind jene Ausdrücke bloße

49) Höpfners Comment. über die Inſtit. §. 487. Nr. 2 b. Bülow a. a. O. S. 237—239. Vgl. Bd. 35. d. Comment. S. 160. Note 48.

50) Das Geſetz ſagt: „si quis *illicitas* et *contrarias naturae* (quas lex incestas, nefarias et damnatas vocat) contraxerit *nuptias*.“ Es iſt alſo faſt unmöglich, hierbei an verſchiedene Arten verbotener Geſchlechtsverbindungen zu denken, eben ſo wenig, wie bei dem incestum vetitumque conjugium der L. 6. C. *de incest. nupt.* Am wenigſten aber können hiermit die adulterini gemeint ſeyn. S. darüber das im Text Folgende.

Pleonasmen, wie sie auch sonst in neueren Gesetzen vorkommen [51]; mit Recht sind daher angesehene Juristen der Meinung, daß die obige gesetzliche Bestimmung weder für adulterini noch für Kinder gelten könne, die aus verbotenen Ehen erzeugt sind, worauf der Begriff der incestuosae nuptiae nicht anwendbar ist [52].

4) Wer zur zweiten, dritten, oder folgenden Ehe schreitet, sei es Mann oder Weib, darf seinem Ehegenossen nicht mehr durch Schenkung oder letztwillige Verfügung zuwenden, als jedem einzelnen Kinde aus der früheren Ehe, und, wenn die Kinder ungleiche Theile erhalten, als demjenigen Kinde, welches das Wenigste bekommt; was mehr als dies gegeben oder hinterlassen wird, ist ungiltig und fällt den Kindern erstlerer Ehe zu gleichen Theilen zu [53]. Die Gesetze, wodurch dies angeordnet wurde, sind bereits an einem anderen Theile dieses Commentars ausführlich erläutert [54]. Nur ein hiermit in

51) So in der Nov. 89. c. 15., wo den ex nefariis, vel incestis, vel damnatis complexibus erzeugten Kindern das Intestaterbrecht und die Befugniß, Alimentation zu verlangen, abgesprochen wird. S. *A.* Heise Diss. de successorib. necessar. (Goett. 1802.) §. 31. 32. Spangenberg im Archiv für civ. Praxis Bd. XII. S. 450 fgg. Roßhirt Einleitung in das Erbrecht u. s. w. S. 215.

52) Vgl. Höpfners Comment. §. 487. Nr. 3. b. u. dazu die Note 3. v. Bülow a. a. O. S. 239 fg. (Nr. 8.).

53) L. 6. pr. C. *de sec. nupt.* (V. 9.). Nov. 22. c. 27. Durch die letztere Vorschrift hob Justinian die in einer anderen Constitution L. 9. pr. C. *de sec. nupt.*) von ihm gemachte Anordnung wieder auf, daß auch die Kinder der früheren Ehe an dem wegfallenden Theile partizipiren sollten.

54) Bd. XXIV. §. 1217. S. 140 — 158.

Verbindung ſtehender, dort aber ganz übergangener Punct iſt jetzt in etwas nähere Erwägung zu ziehen, ungeachtet er zunächſt der Lehre vom ehelichen Vermögensrechte angehört. — Der Kaiſer Juſtinus [55]) verordnete nämlich: es könne auch während ſchon beſtehender Ehe eine dos oder propter nuptias donatio beſtellt, oder die beſtellte vermehrt oder vermindert [56]) werden, fügt indeſſen in Beziehung auf die Verminderung hinzu: „Exceptis videlicet his casibus, in quibus aut maritus, ex priore matrimonio liberos habens, ad secundas migraverit nuptias, aut uxor, similiter ex anteriore matrimonio liberis extantibus, secundo marito se junxerit. In hoc enim secundo matrimonio vel a parte mariti, vel a parte mulieris, vel ab utraque, si hoc etiam acciderit, interdictam esse deminutionem dotis vel ante nuptias donationis, *ne aliquid adversus filios prioris matrimonii machinari videatur*, censemus.“ Juſtinian, indem er dieſe Beſtimmung wiederholt (in der Nov. 22. c. 31.), bringt ſie auf folgende Art mit der Conſtitution Leo's über die Erwerbsbeſchränkung eines folgenden Ehegatten (der L. 6 C. *de sec. nupt.*) in Verbindung: „Sed hoc, quod

55) L. 19. C. *de don. ante nupt.* (V. 3.).

56) Wie dieſe Zulaſſung einer Verminderung mit dem regelmäßigen Verbote der Rückgabe der dos während beſtehender Ehe zu vereinbaren ſei? iſt von jeher ſehr ſtreitig geweſen, gehört indeſſen nicht hieher, weshalb eine Verweiſung auf den neueſten Schriftſteller genügen mag. S. Francke über Rückzahlung der Dos während der Ehe, nebſt Bemerkungen über Schenkungen unter Ehegatten §. 6.; in dem Archiv für civiliſtiſche Praxis Band XVIII. Nr. I S. 29 fg.

de deminutione dictum est [57]), si secundae nuptiae fiant, non permittemus, ut non aliquo modo Leonis piae memoriae offendamus constitutionem, cum filii ex prioribus fuerint nuptiis. Si enim immensam obtulerit dotem, aut antenuptialem donationem parens, aut aliquid largiatur aliud, deinde sentiens quo ferat lex, abbreviet quod factum est, et deminuat, dotem aut antenuptialem donationem, nequaquam lucrum erit filiis, quod datum est, sed licebit lucrari aut vitricum, aut novercam, filiis secundum hoc laesis.“ Der Sinn dieſer Worte iſt: wäre eine Verminderung in ſolchen Fällen erlaubt, ſo würde den Kindern wieder entzogen werden können, was ihnen einmal angefallen iſt. Wenn nämlich dem folgenden Ehegatten eine übergroße (d. h. den Erbtheil der einzelnen Kinder aus der früheren Ehe überſteigende) dos oder propter nuptias donatio zugebracht iſt, ſo lucriren die Kinder ipso jure das Mehrere; es würden daher, wäre in der That eine wirkſame Verminderung der dos u. ſ. w. jetzt noch zuläſſig, die Kinder wieder verlieren müſſen, was doch bereits das Ihrige geworden iſt. Dadurch erhält denn das Verbot einer Verminderung der dos zum Nachtheil der Kinder aus früheren Ehen einen wenigſtens leidlichen Sinn und Zuſammenhang, welcher auch bereits von den älteren Interpreten berückſichtigt wurde [58]). Nur die Schlußworte der Novelle machen einige Schwierigkeit, falls man ihnen einen directen Sinn beilegt, und ſie

57) So überſetzt die Vulgata, zwar weniger buchſtäblich, wie Hombergk zu Vach, aber doch in weſentlicher Uebereinſtimmung mit dem Originaltext.

58) So von der Acc. Glaſſe; ſ. die Gl. *machinari* ad L. 19. C. *de don. ante nupt.*

nicht etwa so verstehen will, daß den Kindern früherer Ehen dies leicht zum Nachtheil gereichen könne, wenn man nämlich das, was ihnen auf diese Weise entzogen werde, heimlich dem Ehegatten wieder zuwende [59]). Indessen läßt sich diese Ansicht weder gehörig begründen, noch ist sie nöthig. Viel näher liegt folgende Erklärung: Seit der Zeit, als die dos nach aufgelöster Ehe nicht mehr regelmäßig bei dem Manne blieb, ließ sich die Bestellung derselben auch nicht eigentlich als lucrative Zuwendung zum Besten des Mannes ansehen [60]); sie wurde es aber dadurch, daß man das pactum de retinenda oder lucranda dote eingieng, was freilich sehr häufig geschah [61]), in welchem Falle indessen die lucrative Eigenschaft erst mit dem Moment eintrat, wo das pactum wirksam wurde. Wenn nun eine Frau, welche z. B. 12000 Pfd. im Vermögen und zwei Kinder hatte, ihrem zweiten Ehegatten eine dos von 8000 Pfd. mit dem pactum de lucranda dote bestellte, so fielen nach dem Gesetze Leo's 6000 Pfd. von diesem Dotalquantum den Kindern erster Ehe auf den Fall zu, daß das pactum realisirt wurde. Denn jedem Kinde verbleiben nach Abzug der 8000 Pfd. nur 2000 Pfd.; mehr als diese Summe sollte aber der zweite Mann nach jenem Gesetze nicht erhalten. Diesem konnte aber die Frau noch durch Verminderung der dos vorbeugen; verminderte sie in unserem Falle die dos auf 4000 Pfd., so behielte der Mann doch

59) So werden diese Worte von der Accursischen Glosse ad h. l. v. *vitricum* verstanden.

60) S. v. Löhr von der propt. nuptias donatio, im Arch. für civil. Pr. Bd. XVI. S. 9 fgg.

61) Vgl. L. 9. L. 20. C. *de pact. convent.* (V. 14.). Nov. 97. c. 1. 2.

dieſe Summe, da er hiedurch nicht mehr bekam, wie jedes der Kinder erſter Ehe. Das nun ſoll durch die Conſtitution Juſtins und die Novelle 22. Cap. 31. verhütet werden: das pactum de lucranda dote erhält zum Beſten der Kinder die Eigenſchaft einer bereits realiſirten lucrativen Zuwendung an den Mann, dadurch, daß der Frau die Verminderung der dos unterſagt wird, ſo daß mithin in dem angenommenen Falle der Mann immer nur 2000 Pfd. erhalten kann, das Uebrige aber den Kindern erſter Ehe zufällt [62]). Ein Gleiches galt denn auch hinſichtlich der von dem Manne cum pacto de lucrando beſtellten propter nuptias donatio.

5) Nur der Vollſtändigkeit wegen ſoll hier noch angeführt werden, daß Teſtamentszeugen nicht zu Erben eingeſetzt werden dürfen [63]); angemeſſener iſt es jedenfalls, hievon bei den Beſchränkungen der Fähigkeits- zur Teſtamentszeugenſchaft zu handeln [64]), und in dieſem Zuſammenhange iſt denn davon auch ſchon an einem anderen Orte des Commentars die Rede geweſen [65]).

§. 1438 b.

Einſchränkungen des Erbrechts in Folge der Rechtsregel: incerta persona heres institui nequit [66]).

Die Rechtsregel: incerta persona heres institui

62) S. Francke a. a. O. §. 6. S. 27 fg.

63) v. Hartitzſch Erbrecht §. 26. Nr. 7.

64) Dies geſchieht auch in unſeren Quellen; ſo heißt es in der L. 20. pr. D. *qui test. fac. poss.* „Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest.“ Vgl. Gaji inst. II. §. 108. u. §. 10. I. *de test. ordin.*

65) Bd. 34. d. Comment. §. 1413. S. 343 fgg. (Nr. 7.).

66) *Jo.* Strauch disp. ad constitutionem deperditam

non potest [67]) hat in unſeren Quellen eine doppelte Bedeutung [68]). Einmal eine Unbeſtimmtheit in der Bezeichnung des zu honorirenden Subjects bewirkt Ungiltigkeit der Diſpoſition [69]). Davon kann hier nicht näher die Rede ſeyn, indem man dies als Beſchränkung der Erbfähigkeit überall nicht gelten laſſen darf [70]). Zweitens wird

de personis incertis. Jen. 1671. u. cura *Laur. Andr.* Hambergeri. Jen. 1714. 4. *Chr.* Rau (resp. Dathe) hist. jur. civil. Rom. de personis incertis ex testamento heredibus. Lips. 1781. 4. *C. G.* Hübner ad tit. de rebus dubiis comment. (Lips. 1802. 8.) p. 42 — 131.

67) Die Regel findet ſich buchſtäblich in Ulpians Fragmenten Tit. XXII. §. 4. Bei Gajus (Inst. §. 238.) und in den Juſtinianiſchen Inſtitutionen (§. 25. I. *de legat.*) iſt ſie nur in Beziehung auf Vermächtniſſe ausgeſprochen.

68) Rau diss. cit. §. 1 — 4. Hübner l. l. p. 45 sqq. — In meiner Beurtheilung des Städelſchen Beerbungsfalls S. 180. werden ſämmtliche Anwendungen des Begriffs auf das Prinzip zurückgeführt: es ſei unter incerta persona jede individuelle Unbeſtimmtheit zu verſtehen, dieſe möge an und für ſich vorhanden ſeyn, oder nur in dem Mangel einer beſtimmten (oder doch mit Beſtimmtheit erkennbaren) perſönlichen Beziehung von Seiten des Teſtirers ihren Grund haben. Indeſſen iſt doch auch dieſer Grundſatz, um gehörig verſtanden zu werden, in die oben genannten Bedeutungen aufzulöſen.

69) So erläutert Ulpian (Fragm. Tit. XXII. §. 4.) die Regel zunächſt durch folgendes Beiſpiel: „quisquis primum ad funus meum venerit, heres esto.“ Auf ähnliche Art Gajus und Juſtinian in den oben (Note 67.) angeführten Stellen.

70) Die näheren Anwendungen dieſer erſten Bedeutung werden unten

wird der Ausdruck incerta persona geradezu auf das Subject selbst bezogen, dem durch Testament etwas zugewendet werden soll. In dieser Beziehung läßt sich (wenigstens im Sinne des älteren Röm. Rechts) folgender Satz aufstellen: erbfähig ist nur ein wirklich und individuell existirendes Subject. Hierauf beruhete die in dem früheren Rechte Statt findende Erbunfähigkeit der Postumen und der juristischen Personen.

Als personae incertae nennt man auch noch die Erben des Erben und die künftigen Cognaten (cognati futuri) des Erblassers [71]). Es wird nöthig seyn zu prüfen, ob und in wieferne der Ausdruck incerta persona hierauf anwendbar ist. Da wir bei dieser, überaus schwierigen und streitigen Materie davon ausgehen, daß ehedessen die Erbunfähigkeit der incertae personae ganz allgemein anerkannt gewesen, späterhin aber sehr modifizirt, oder, wie man gemeiniglich annimmt, vollständig aufgehoben sei, so ist es von wesentlichem Interesse zu wissen, auf welchen Begriff der Ausdruck in unseren Rechtsquellen bezogen werde. — Daß nun auch die Erbeserben incertae personae genannt seien, soll Paulus in folgender, aus dem dreiundsiebenzigsten Buche seines Commentars über das Edict genommenen Stelle sagen:

„Sciendum est, heredem etiam per multas successiones accipi; nam paucis speciebus heredis appellatio proximum continet, veluti

unter §. 1442. vorgetragen. Hellfeld spricht hier auch von den Anwendungen des zweiten Hauptbegriffs, wodurch aber der systematische Zusammenhang ganz aufgehoben wird.

71) So namentlich *Greg.* Majansius disp. de incertis legatis (in den disputationes juris T. II. Nr. LXIX.) §. 42. u. 44.

in substitutione impuberis: quisquis mihi heres erit, idem filio heres esto; *ubi heredis heres non continetur, quia incertus est.* (Item in lege Aelia Sentia filius heres proximus potest libertum paternum ut ingratum accusare, non etiam, si heredi heres extiterit. Idem dicitur in operarum exactione, ut filius heres exigere possit, non ex successione effectus" [72]).

Der Juriſt ſpricht hier von Prozeßcautionen (praetoriae stipulationes), deren Wirkung auf die Erben gieng, — alſo überhaupt (kann man ſagen) von Promiſſionen, welche activ oder paſſiv mit auf die Erben gerichtet ſind. Unter den Erben, ſagt er, ſind hier nicht blos die nächſten gemeint, ſondern es bezieht ſich dieſer Ausdruck auch auf die kommenden Geſchlechter und Erbeserben [73]). Davon nun giebt es einige Ausnahmen,

72) L. 70. pr. D. *de Verb. sign.*

73) Es beruht dies auf dem Grunde, welchen Modeſtinus (in L. 194. D. *de reg. jur.*) ſo ausdrückt: qui per successionem, quamvis longissimam, defuncto heredes exstiterunt, non minus heredes intelliguntur, quam qui principaliter heredes existunt" (d. i. die nächſten Erben). Nämlich der Erbe des Erben wird inſoferne auch als Erbe des erſten Erblaſſers angeſehen, als er die auf ſeinen Erblaſſer durch die Erbſchaft übergegangenen Rechte und Verbindlichkeiten geltend machen kann und erfüllen muß; in welcher Beziehung denn auch die alte Rechtsregel entſtand: heredem heredis testatoris esse heredem (L. ult. C. *h. t.* VI. 24.). S. überhaupt *Jac.* Gothofredus in comment. ad L. 194. D. *de reg. jur.*, opp. min. ed. Trotz p. 1205 sq. — Den weſentlichen Inhalt der Stelle des Paulus (in L. 70.

d. h. es giebt Fälle, in welchen Recht und Verbindlichkeit nur auf den nächsten Erben, nicht auf den Erbeserben übergeht[74]); von diesen Ausnahmen führt Paulus zwei an[75]). Nur die erste kommt für unseren Zweck in Betracht. — Also Paulus sagt, wenn Jemand eine Pupillarsubstitution so ausdrückte: wer mein Erbe seyn wird, soll auch Erbe meines Sohnes seyn, so geht dies nicht auf den Erben des Erben „quia incertus est.“ Auf ähnliche Art entscheidet Ulpian; die Worte: quisquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres esto, hätten den Sinn, daß nur der unmittelbare und zwar der testamentarische Erbe des Vaters für substituirt gehalten werden könne, woraus er denn weiter folgert, daß weder der Vater noch der Herr des Erben (ungeachtet dieser dem Hausherrn die Erbschaft erwerbe), noch

de reg. jur.) finden wir übrigens auch noch in unseren Rechtsquellen, so in der L. 65. D. *de V. S.* (Ulpian). „Heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad ulteriores refertur, nam et heredis heres, et deinceps, heredis appellatione continetur;“ ferner in L. 170. eod. (Ulpian). „Heredis appellatione omnes significari successores credendum est, etsi verbis non sint expressi.“ — L. 7. §. 2. D. *de acq. v. om. her.* (XXIX. 2.).

74) Dies ist der wesentliche Inhalt unserer Stelle, und hierauf beschränkt sich die Interpretation von Cujacius ad L. 70. pr. D. *de reg. jur.*, opp. ed. Neapol. T. V. p. 845 sq.

75) Andere Ausnahmen finden sich in L. 7. D. *de his, quae ut indign.* (XXXIV. 9.). L. 5. D. *de conj. cum emancipato lib.* (XXXVII. 8.). — S. *Jac.* Gothofredus l. l. p. 1206. u. *Edm.* Merillius differ. jur. Lib. singular. Cap. 24.

auch der Erbe des Erben zur Substitution gelangen können, „quia non ex judicio veniunt“ [76]). Judicium läßt sich hier geradezu durch Willenserklärung wiedergeben [77]). Der Erblasser hat zu bestimmen, wer Erbe seyn solle; seine Erklärung hierüber muß aber von der Art seyn, daß sich mit völliger Sicherheit sein Wille erkennen läßt. So auch bei der Substitution. Wird nun der Erbe zugleich pupillariter substituirt, so darf doch wohl nur angenommen werden, daß der Testirer diesen selbst meinte, nicht diejenigen, welche durch ihn erwerben, oder ihn beerben; ja man darf als gewiß annehmen, daß er, wenn er an diese dachte, sie ausdrücklich substituirt haben würde. Der Erbe des Erben, oder Wer durch diesen erwirbt, kann nur insoferne als Erbe des Erblassers angesehen werden, als der zunächst Ernannte dessen Erbe wird; ist dies nicht der Fall, so können sie nur durch eine auch auf sie gerichtete Willenserklärung des Erblassers (durch das judicium testatoris) erben, diese aber haben sie nicht für sich [78]). — Nach dem Pandektenrechte würde indessen die Substitution noch aus einem anderen Grunde für den Erbeserben nicht wirksam gewesen seyn, wenn der Testirer diesen auch wirklich gemeint hätte, weil nämlich die individuelle Bestimmtheit der Person des Er-

76) L. 8. §. 1. D. *de vulg. et pup. substit.* (XXVIII. 6.).

77) Brissonius de V. S. v. *judicium* §. 4. — Mit Recht hat daher Hunger in der deutschen Uebersetzung des Corpus jur. civ. (Bd. III. S. 87.), diese Worte so übertragen: „weil diese (die Erben des Erben u. s. w.) nicht nach dem ausdrücklichen Willen des Erblassers zur Erbschaft kommen.“

78) Vgl. *Ant.* Merenda controv. jur. Lib. VIII. Cap. 3. Nr. 7.

den fehlte. Wenn der Testirer es von einem bloßen Ungefähr abhängen läßt, wer sein Erbe seyn solle, so ermangelt die Disposition der festen und sicheren Willensbestimmung, welche die Grundbedingung der Giltigkeit jeder letztwilligen Verfügung seyn soll. Denn certum consilium debet esse testantis sagt Ulpian, und erklärt deshalb die Erbeseinsetzung: quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto, für eine ungiltige[79]). Aus diesem Gesichtspuncte leitet nun Paulus in der L. 70. pr. *de V. S.* die Entscheidung ab, daß die Substitution des Erben nicht auf dessen Erben zu beziehen sei; quia incertus est, d. h. weil der Testirer nicht weiß und nicht wissen kann, wer dieser seyn werde[80]). — Nehmen wir nun auch an, im neuesten Rechte sei die Regel: incerta persona heres institui nequit ganz verschwunden, so würde daraus doch nur folgen, daß die Beschränkung der Substitution auf den unmittelbaren Erben nicht mehr auf den von Paulus angeführten Grund

79) Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 4.

80) *A.* Schulting ad *Ulpiani* Fragm. l. l. Not. 7. — *Caes.* Costa in den var. ambiguit. jur. Lib. III. cap. 18. (bei Otto thes. jur. Rom. T. IV. p. 1257 sq.) nimmt an, daß die Beziehung der Substitution auf den Erbeserben darum von Paulus verworfen werde, weil es dem Pupillen leicht nachtheilig werden könne, wenn ein dem Vater persönlich unbekannter Mensch zum Erben desselben ernannt werde. Wäre diese Absicht gegründet, so stünde es ohne Weiteres fest, daß die Regel: persona incerta heres institui nequit mit der Entscheidung von Paulus überall nicht zusammenhänge. Indessen wird es schwerlich zu erweisen seyn, daß eine Pupillarsubstitution deshalb nicht gelten könne, weil dem Vater der Substitut persönlich unbekannt ist.

gestützt werden könne, keineswegs aber, daß derselbe aufgehoben sei, indem der Grund Ulpians: quia non ex judicio venerit, immer noch übrig bleibt [81]).

Kann denn aber (um auf unsere obige Frage zurückzukommen) überhaupt die Einsetzung des Erbeserben giltig erfolgen, oder stand hier die Regel entgegen: incerta

81) So ist die Sache auch von *A.* Schulting l. l. aufgefaßt, welcher sagt, „olet *jus antiquatum* quod dicitur, cum testator substituit impuberi filio eum, qui sibi heres fuerit, admitti solum heredem primum, non heredis heredem, ideo *quia incertus est*, L. 70. D. *de verb. sign.* Novo jure convenientior foret ratio, quod testator voce heredis hic tantum intellexerit illum, qui ex ipsius institutione et judicio venit, L. 8. §. 1. D. *de vulg. et pup. subst.* — In der Sache selbst, nämlich daß auch im heutigen Rechte diese Beschränkung noch fortbestehe, ist Hübner vollkommen einverstanden; er glaubt aber, daß der Grund des Paulus von dem Ulpians durchaus nicht verschieden sei. Der erstere wolle nur sagen: incertum est, an ex judicio testatoris, cujus oratio fuit vitiosa, veniat? diss. laud. p. 48—52. Dagegen meint er, daß nach der Natur der Sache das Prädicat incerta persona auf den Erbeserben bezogen werden müsse, weil man einen Menschen, von dem man nicht weiß, ob ihm eine gewisse Qualität je zukommen, und wem sie zukommen werde? nicht eine individua und singularis persona nennen dürfe (l. l. p. 70 sqq. Nr. 3.). Indessen läuft hierbei am Ende doch Alles auf den Mangel bestimmter Bezeichnung und Nichtkenntniß des Subjects von Seiten des Testirers hinaus, und so ist es denn nur ein anderer Ausdruck der oben gegebenen Erklärung; auf den Begriff incerta persona in der zweiten Bedeutung (s. den Anfang dieses §.), also auf den Mangel eigentlicher Persönlichkeit, läßt sich auch bei dieser Wendung die Ungewißheit nicht beziehen.

persona heres institui nequit? Eine solche Einsetzung läßt sich natürlich nur als Substitution betrachten, oder m. a. W., ihre rechtliche Bedeutung kann keine andere seyn, als die: sollte mein Erbe die Erbschaft nicht erwerben können oder wollen, so soll dessen Erbe ihm substituirt seyn. Daß nun die ausdrückliche Substitution einer bestimmten Person, welche man als Erben des Erben bezeichnete oder dachte, giltig sei, konnte nie bezweifelt, und nur das allenfalls gefragt werden: ob es eine unbedingte Substitution, oder ob sie nur unter der Bedingung geschehen sei, daß der Substitut Erbe des zuerst genannten Erben werden würde; dies aber ist lediglich aus der Fassung der Substitutionsformel und der Absicht des Testirers zu entscheiden, und mag hier, als unserem Gegenstande fremd, auf sich beruhen bleiben. Mithin ist hier Alles darauf zurückzuführen: welche Wirkung hat es, wenn der Testirer entweder überall nicht von einer Substitution spricht, oder den Erbeserben nicht namentlich bezeichnet? Auf den ersten Fall bezieht sich eine Entscheidung Justinians [82]), folgenden Inhalts: es hatte

82) L. ult. C. *h. t.* (*de heredib. inst.*). Die Constitution hat die inscriptio: Joanni Praef. Pr. und die subscriptio: Kal. Aug. post Consulatum Lampadii et Orestris (531.). Die Entscheidung einer unter den Alten streitig gewesenen Rechtsfrage scheint sie indessen nicht zu enthalten; wenigstens nicht nach der Relation Justinians, welcher im Eingange nur bemerkt, es werde in den Commentarien von Ulpian über den Masurius Sabinus, der Fall vorgetragen, den er genauer entscheiden wolle, wie bisher geschehen sei. Auch findet sich keine Andeutung einer früheren Meinungsverschiedenheit über die Sache, es wird vielmehr nur von einer Meinung der alten Juristen gesprochen, und diese in etwas starken Ausdrücken verwor-

Jemand im Teſtamente geſagt: **Sempronius Plotii heres esto.** Obgleich der Teſtirer nun nicht **Plotius** hieß, ſo interpretirten doch die Juriſten [83]) jene Worte ſo, als ob derſelbe ſich ſelbſt ſo genannt habe, der Sinn alſo ſei: Sempronius ſoll mein Erbe ſeyn. Mit Recht verwirft der Kaiſer dieſe Anſicht [84]), indem er entſcheidet, daß die Anordnung nur in zwei Fällen wirkſam ſeyn könne, wenn nämlich der Teſtirer Erbe eines Plotius geworden ſei, oder wenn er einen Plotius zum Erben eingeſetzt habe. Im erſten Falle liege darin nur die Beſtimmung, daß auf ſeinen eignen Erben auch die Rechte und Verbindlichkeiten der Verlaſſenſchaft des Plotius übergehen ſollten, was ſich eigentlich ſchon von ſelbſt verſtehe [85]). Im

ſen; ſ. die Note 84. Indeſſen iſt es kaum glaublich, daß alle Juriſten einſtimmig eine ſo ſonderbare Interpretation gebilligt haben ſollten, und nimmt man hierzu die inscriptio und subscriptio legis, ſo könnte man wohl veranlaßt werden, die Conſtitution für eine der 50 Deciſionen zu halten, zu denen ſie Merillius übrigens nicht zählt.

83) Juſtinian ſagt ganz allgemein: „*Veteres* quidem exiſtimabant, errorem nominis esse, et sic institutionem valere, quasi testator Plotius nominaretur, et Sempronium sibi scripsisset heredem.“ Unter veteres verſtehen die ſpäteren Kaiſer überhaupt die Juriſten aus der früheren Zeit. S. Dirkſen über die techniſche Bedeutung des Ausdrucks *veteres*, in den Beiträgen zur Kunde des Römiſchen Rechts Abhandl. II. §. 3. S. 183 fg.

84) „Sed hujusmodi sententiam (ſagt er) crassiorem esse existimamus. Neque enim sic homo supinus, immo magis stultus invenitur, ut suum nomen ignoret.“

85) Bei dieſer Gelegenheit beruft ſich der Kaiſer auf die anti-

zweiten liege darin eine Subſtitution des Sempronius, oder es ſei ſo anzuſehen, als habe er geſagt: wenn Plotius mein Erbe nicht werden wird, ſo ſoll Sempronius demſelben ſubſtituirt ſeyn [86]). — Darüber, wenn der Erbeserbe nicht namentlich bezeichnet iſt, ſondern der Teſtirer etwa geſagt hat: ich ſetze den Erben meines Erben ein, findet ſich nirgends eine ausdrückliche Beſtimmung. Es leidet wohl keinen Zweifel, daß die Röm. Juriſten hierauf die Regel: **incerta persona heres institui nequit** angewandt haben würden [87]), eben ſo wenig aber, daß nach den im Juſtinianiſchen Rechte anerkannten Prinzipien dieſe Einſetzung für giltig zu achten, mithin als Subſtitution aufrecht zu erhalten ſei [88]). Hiernach darf man denn allerdings ſagen: der Erbe des Erben, ſoferne er nicht namentlich bezeichnet war, konnte früher als **incerta persona** nicht eingeſetzt werden; jedoch lediglich aus dem Grunde, weil die nach dem Pandektenrechte erforderliche Beſtimmtheit der Perſon des Erben fehlte (ſ. die Note 81. a. E.).

qua regula, quae voluit heredem heredis testatoris esse heredem.“

86) Am Schluſſe wird hinzugefügt: „Sin autem neque ipse testator Plotio heres exstitit, neque Plotium heredem antea scripsit, et sic Sempronium Plotio heredem esse voluit, nullius esse momenti talem institutionem.“

87) Arg. Gaji inst. II. §. 238. („incerta autem videtur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subjicit, velut — *qui primus ad funus meum venerit*“ u. ſ. w. — Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 4. — Uebrigens vgl. Ulpiani Fragm. Tit. XXIV. §. 18. (ſ. Note 89.).

88) Arg. §. 25. u. 27. I. *de legat.*

Auf ähnliche Art nun, wie die Erbeserben und andere Personen, die ihrer Individualität nach erst durch ein künftiges und zufälliges Ereigniß bestimmt werden können, lassen sich auch die künftigen Verwandten des Testirers als ungewisse Personen betrachten, obwohl diese schon nach dem Pandektenrechte wirksam honorirt werden konnten[89]), wie denn letztwillige Dispositionen zum Besten der Verwandten überhaupt begünstigt waren. Von Beschränkungen aber, die ihren Grund in der Beschaffenheit der honorirten Subjecte hatten, ist auch hier nicht eigentlich die Rede, und nur mit diesen Beschränkungen haben wir es gegenwärtig zunächst zu thun. Aus diesem Grunde nun gelten für erbunfähig Postumi und juristische Personen.

I. Die Erbunfähigkeit der Postumen beruhete ursprünglich auf einem viel allgemeineren Grunde, nämlich darauf, daß ein überhaupt nicht existirendes Wesen auch keine Rechtsfähigkeit haben könne. Für nicht exist-

89) L. 19. in f. D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.). — Uebersehen darf man nicht, daß diese Stelle nur von Legaten handelt und in Beziehung auf Zuwendungen durch Legate die nicht auf Verwandte sich beschränkende Modification galt: sub certa demonstratione incertae personae legari potest (Ulp. Fragm. Tit. XXIV. §. 18.); wenn hierbei als Beispiel hinzugefügt wird: velut *ex cognatis meis, qui nunc sunt*, — so kam es dem Juristen eben nur darauf an, ein passendes Beispiel aufzustellen. Denn die vorhin angeführte Pandektenstelle (L. 19. *de reb. dub.*), wonach eine ganz allgemein auf die Cognaten gestellte Vermächtnißzuwendung auch auf den cognatus, qui mortis tempore factus est, bezogen wird, ist ebenfalls von Ulpian. — Vgl. hierbei noch Hübner disp. laud. p. 72—77. (Nr. 5.).

rend hielten die Stoiker auch das Kind im Mutterleibe, indem sie der Meinung waren, daß erst bei der Geburt ein Theil der Weltseele oder des belebenden Geistes dem Kinde eingeflößt werde [90]). Zwar waren Manche anderer Meinung [91]), indessen das stoische Prinzip wurde, im älteren Rechte wenigstens, als Grundmaxime auch in der Praxis anerkannt, woraus allein sich mancher Rechtssatz erklärt, welcher auch in der Compilation noch als geltendes Recht aufgenommen ist, wie namentlich die geringe Strafbarkeit der freiwilligen Abortion, soferne nicht ein sonstiger Frevel damit verbunden war [92]). Durch die Anwendung wurde dies aber allmählig wieder sehr gemildert, ja wesentlich so gut wie aufgehoben. So nahm

90) *C. H.* Eckard hermeneutica juris cum not. *C. Fr.* Walch §. 137. und die daselbst sich findenden zahlreichen Citate aus Classikern und neueren Schriftstellern.

91) *Em.* Merillius exposit. in quinquaginta decis. Justiniani, ad L. penult. C. de postum. heredib. inst. p. m. 367.

92) Vgl. L. 4. D. *de extraord. criminib.* (XLVII. 11.). L. 39. D. *de poenis.* (XLVIII. 19.). L. 8. D. *ad Leg. Cornel. de sicariis* (XLVIII. 8.). — Siehe Spangenberg über das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht, im neuen Archiv des Criminalrechts, herausgegeb. von Kleinschrod, Konapak und Mittermaier, zweiten Bandes erstes Stück Nr. 1. — Ferner erklären sich daraus Aeusserungen, wie die folgende: „partus, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum.“ L. 1. §. 1. D. *de inspiciendo ventre* (XXV. 4.), oder: „partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur, L. 9. §. 1. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2.), wenngleich hieraus nichts gefolgert wird, was sich nicht eben so gut auch auf anderem Wege hätte begründen lassen.

man auf die Erhaltung des Kindes im Mutterleibe Bedacht [93]), und für die Erhaltung seiner Vermögensrechte wurde auf mannigfache Art gesorgt [94]); man ordnete einen curator ventris an [95]), und legte für den zu erwartenden Postumus gewisse Erbtheile zurück [96]), ja man kam bald dahin, die bürgerliche Rechtsfähigkeit nach der Zeit der Conception zu bestimmen [97]). Schon die juristischen Classiker stellen daher den Grundsatz auf: das Kind im Mutterleibe sei den bereits existirenden Wesen beizuzählen [98]).

Nach einer Aeusserung Ulpians könnte man glauben, es sei dies in Ansehung des Intestatsuccessionsrechts der Descendenten bereits durch das Zwölftafelgesetz so bestimmt gewesen: „Utique et *ex lege duodecim ta-*

93) S. z. B. L. 2. D. *de mort. infer.* (XI. 8.). L. 3. D. *de poenis* (XLVIII. 19.).

94) L. 7. D. *de statu homin.* (I. 5.). „Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur.“

95) L. 8. D. *de curatorib. fur. et aliis extrà minores dandis* (XXVII. 10.). — T. T. Dig. *de ventre in poss. mitt. et cur. ejus.* (XXXVII. 9.).

96) L. 3. D. *si pars heredit. pet.* (V. 4.). L. 7. pr. D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.).

97) L. 18. L. 26. D. *de statu homin.* (I. 5.). L. 7. §. 1. D. *de senatorib.* (I. 9.).

98) L. 26. D. *de st. homin.* (*Julianus* Lib. LXIX. Digestor.) „Qui in utero sunt, *in toto paene jure civili intelliguntur in rerum natura esse.* Nam et legitimae hereditates his restituuntur, et si praegnans mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit, postliminium habet, item patris vel matris conditionem sequitur.“

bularum ad legitimam hereditatem is, qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus. Inde solet remorari insequentes sibi agnatos, quibus praefertur, si fuerit editus“ [99]). Indeſſen „verbum *ex legibus* (ſagt der nämliche Juriſt an einem anderen Orte) sic accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis“ [100]). Und in der That kann es auch kein Bedenken leiden, daß die Erbfähigkeit der noch nicht Gebornen erſt durch eine erweiternde Interpretation des Geſetzes eingeführt iſt. Das Geſetz berief nur denjenigen zur Inteſtatſucceſſion: „qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuerit“ [1]), — alſo:

99) L. 3. §. 9. D. *de suis et legitimis heredib.* (XXXVIII. 16.).

100) L. 6. §. 1. D. *de verb. sign.* — Eben ſo heißt es auch im pr. I. *de legitima patronorum tutela:* „Ex eadem lege duodecim tabularum libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quae et ipsa legitima tutela vocatur, non quia nominatim ea lege de ea tutela cavetur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset.“

1) L. 6. in f. D. *de suis et legitim. heredib.* — Allerdings enthielt dieſe Geſetzgebung auch eine Vorſchrift über den Termin, binnen welchem ein nach des Vaters Tode gebornes Kind für legitim zu halten ſei (*A.* Gellius Noct. att. Lib. III. c. 16. — „quoniam Decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent“); und es iſt wohl nicht zu läugnen, daß hiernach auch das Erbrecht des Poſtumus ſehr leicht durch die Anwendung vermittelt werden konnte. Das Daſeyn einer beſtimmten Vorſchrift über dies Erbrecht ſelbſt aber darf gewiß in Abrede geſtellt werden. Vgl. Dirkſen

nur ein bereits existirendes Wesen soll erbfähig seyn. Bereits an einem anderen Orte dieses Commentars finden sich die Gründe zusammengestellt, wonach hierbei an noch nicht geborne Kinder nicht gedacht wurde, sondern erst in Folge der philosophischen Streitigkeiten über den Lebensbeginn des Menschen die Juristen zu dem Satze kamen: auch das Kind im Mutterleibe sei rechtsfähig [2]). Daß wir hier eine durch Doctrinalinterpretation entstandene Erweiterung des Zwölftafelgesetzes vor uns haben, beweist auch die Fassung jenes Satzes bei dem Juristen Celsus: „quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur [3]). Daß aber die Praxis selbst diesem Doctrinalsatze vorausgegangen sei, darf man unbedenklich annehmen; so wurde es wohl zu keiner Zeit bezweifelt, daß ein nach dem Tode seines Vaters geborenes eheliches Kind den Vater ab intestato beerbe und da nach dem Aufkommen des Notherbenrechts ein solcher Postumus das väterliche Testament rumpirte, so bildete sich gewiß sehr bald durch die Praxis das Recht, daß auf ihn im Testamente Rücksicht genommen werden durfte [4]).

Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente, S. 285 fg.

2) Bd. 36. d. Commentars §. 1421 h. S. 173—178. (Nr. 4.).

3) L. 7. D. *de suis et legitim. heredib.* (XXXVIII. 16.).

4) Auch darüber findet sich das Nähere an dem angef. Orte des Comment. S. 176—184., wie denn überhaupt der schwierigste Theil der Lehre von Einsetzung und Enterbung der Postumen daselbst (bis S. 299.) ausführlich erörtert ist, so daß uns hier nur eine geringe Nachlese übrig bleibt und eine häufige Bezugnahme auf jene Ausführung nöthig wird. Von der dort angeführten Literatur gehören, ausser den bereits im Eingange dieses §. citirten Schriften von

Aber auch Andere, als die nach dem Tode des Vaters gebornen ehelichen Kinder, rumpirten als sui heredes das Testament; dies führte denn zu einer Erweiterung des Begriffs der Postumen selbst und eben so wurde es nach und nach möglich, alle diejenigen, durch welche ein Testament rumpirt werden konnte, im voraus zu berücksichtigen, d. h. im Testamente einzusetzen oder zu enterben. Eine neue Erweiterung des Begriffs eines postumus kam hinzu, indem man sich, ebenfalls unter Zustimmung der Praxis und neuerer Gesetze, daran gewöhnte, auch solche zur Zeit der Testamentserrichtung oder des Todes noch nicht geborne Subjecte im Testamente zu berücksichtigen, welche nicht als sui das Testament rumpiren konnten, und so unterschied man denn zwei Arten der Postumen, die sui und alieni, d. h. diejenigen, welche durch ihr Erscheinen nicht in ein Suitätsverhältniß zu dem Testirer traten, oder getreten seyn würden, falls sie schon bei dessen Leben geboren wären [5]).

Daß die Regel von der Erbunfähigkeit der incertae personae überhaupt auch auf die Postumen bezogen wurde, beweist der Zusammenhang aller Quellenäusserungen über Einsetzung der Postumen mit jener Regel und insbesondere auch mit dem Berichte über Justinians verloren gegangene constitutio de incertis personis [6]). Zwar finden wir sie unmittelbar nur auf den alienus postu-

Rau und Hübner besonders hieher die beiden Dissertationen von *C. G.* Tilling de postumis heredibus instituendis vel exheredandis, Spec. I. (pr. Rau) Lips. 1790, Sp. II. Lips. 1794. 4.

5) §. 26. I. *de legat.* — Eine genauere Erklärung des Begriffs eines postumus alienus wird weiter unten folgen.

6) §. 26. 27. I. *de legat.*

mus angewandt [7]), weshalb man denn wohl behauptet hat, daß dieselbe für sui postumi nie gegolten habe [8]). Indessen dreht sich am Ende hierbei Alles um die Frage: ob nicht schon nach dem Zwölftafelgesetz die eigentlichen Postumi sui (die Nachgebornen) hätten eingesetzt werden dürfen? Daß postumi anderer Art es nicht konnten, sondern erst nach und nach die Einsetzung denselben möglich wurde, kann gar kein Gegenstand eines Streits seyn [9]). Zur-Zeit der juristischen Klassiker hatte sich dies aber vollständig geändert; es war jetzt die Einsetzung aller und jeder postumi sui möglich, wenn der Testirer sich nur mit hinreichender Bestimmtheit ausgedrückt hatte, und fand auch für einzelne Fälle ja noch einiger Zweifel Statt, so wurde das Testament doch jedenfalls durch den Prätor (vermittelst der secundum tabulas B. P.) aufrecht erhalten [10]). Es fehlte daher an einem practischen Interesse für die Anwendung der Regel auf postumi sui; allein das Prinzip muß nothwendig dasselbe für alle und jede Postumi seyn, d. h. der nämliche Grund, weshalb ein alienus postumus eine incerta persona genannt werden kann, paßt auch auf den suus. Auf welchem Grunde dies aber beruhe? ist ebenfalls ein Gegenstand mannigfacher Erörterungen geworden. Gewöhnlich wirft man die Frage in viel allgemeinerer Beziehung auf, nämlich: wie man überhaupt zu der Regel, incerta persona heres

7) Gaji inst. II. §. 241. §. 26. I. *de legat.* Theophilus ad h. l.

8) So Rau diss. de personis incertis §. 3.

9) S. L. 29. D. *de lib. et post.* u. meine Erörterung hierüber im 36sten Bande d. Comment.

10) Bd. 36. d. Comment. S. 286—299.

heres institui nequit, gekommen sei? und sucht sie so zu erklären, daß die frühere Erbunfähigkeit der incertae sich aus einem und demselben Grunde ableiten läßt [11]). Manche versuchen hier Alles aus dem von Ulpian angeführten Grunde zu erklären: quoniam certum esse debet testantis consilium [12]). Andere, die Unmöglichkeit einer zwanglosen Erklärung aller Fälle aus diesem Grunde einsehend, halten denselben überhaupt für unpassend [13]). Die drei vorhin (Note 11.) angeführten

11) Man vergleiche über diese Frage (welche aber kein großes praetisches Interesse darbietet, und darum hier eine ausführliche Behandlung nicht erhalten kann) Rau diss. de personis incertis §. 4. Tilling diss. II. de post. hered. inst. p. 110 — 127. Hübner disp. laud. p. 81 sqq. und die daselbst zahlreich angeführte ältere Literatur.

12) So Vinnius comment. ad §. 26. I. *de leg.* Nr. 1. Indessen entgeht ihm selbst das Gezwungene der Erklärung nicht: quasi non solido consilio id a testatore factum esset, ignorante et an nascituri sint, et quales nascituri, et quot nascituri;" darum sagt er denn: die Postumi seien incertae personae, „aut incertis personis similes." Freilich äussert sich auf ähnliche Art Theophilus zu diesem §. „Postumus alienus *similis est* (ἔοικε) personis incertis." Mag er indessen immerhin damit gemeint haben: eigentlich komme das Prädikat incerta persona dem postumus nicht zu, so war er doch gewiß weit entfernt, wie Vinnius zu schliessen: es sei der Postumus darum als incerta persona anzusehen, weil es dem Testirer dabei gewissermassen an einer festen Willensbestimmung gefehlt habe.

13) So Hübner p. 81 sq., welcher meint, es sei nicht besser, als wenn Ulpian geschrieben hätte: persona incerta nequit institui, quoniam non potest institui. Denn

Schriftsteller wollen die Regel aus der älteren Testamentsform ableiten, indem der einzusetzende Erbe bei der Testamentshandlung habe zugegen seyn müssen, oder doch nur derjenige einsetzungsfähig gewesen sei, welcher in den Comitien habe zugegen seyn können [14]), oder (wie ein anderer der genannten Schriftsteller sagt), quod negotia civilia, ea maxime, quae de obligationibus ac de transferendo rerum dominio, non possent celebrari, nisi cum certis a certis [15]). An sich

inc. persona sei ja nach Justinian (u. Gajus II. §. 238.), diejenige, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat (§. 25. I. *de legat.*), oder nach Theophilus (ad h. l.), quam incerto judicio (ἀδήλῳ κρίσει) testator sibi proposuit. Indessen ist dieser Ausdruck offenbar nur eine andere Form für das, was Ulpian als Mangel des certum consilium bezeichnet; beide Formen drücken das, was er sagen wollte, sehr gut aus, nur darf man nicht davon ausgehen, daß er hierbei alle Anwendungen der Regel: inc. persona heres institui, nequit vor Augen hätte.

14) So drückt sich hierüber aus Rau l. l. p. 21., welcher auch der Meinung ist, daß die Rücksicht auf Erhaltung der sacra privata mit eingewirkt haben möge; dabei habe nämlich das öffentliche Interesse erfordert, die Person des Erben zu kennen. Doch bestand dies Interesse und die Sorge für Erhaltung der Privatsache ja noch zu einer Zeit, wo die schriftlichen Mancipationstestamente schon üblich waren, mithin der Name des Erben erst bei Eröffnung des Testaments bekannt wurde.

15) Tilling l. l. p. 125. Uebrigens unterstützt der Verf. seine Ansicht auch noch durch manchen andern Grund, insbesondere durch eine Beziehung auf die alte Testamentsform, womit sich die Einsetzung unbekannter oder ungewisser Per-

hat diese Idee allerdings Manches für sich; denn daß mit einer Person, welche gar nicht existirte, oder die man nicht kannte, kein feierliches Rechtsgeschäft eingegangen werden konnte (und als ein Rechtsgeschäft zwischen dem Testirer und dem Erben müssen doch jedenfalls die alten Mancipationstestamente gedacht werden), — mithin auch für dieselbe kein Repräsentant auftreten durfte, ist wohl kaum zu bezweifeln. Wäre man indessen auf diesem Wege zu der Regel über die Erbunfähigkeit ungewisser Personen gekommen, so würden die römischen Juristen schwerlich eine andere Erklärung für nöthig erachtet haben. — Wir dürfen uns wohl die Entstehung der Regel **incerta persona heres institui nequit** auf folgende Art erklären: wenn das **certum consilium** testantis fehlt, so gilt das Testament nicht. Hieraus folgerte man denn weiter, es dürfe nicht einem blinden Zufalle überlassen werden, wer Erbe seyn solle, also die Person des Erben müsse vom Erblasser namhaft gemacht, oder sonst nach individuellen Kennzeichen bestimmt werden, m. a. W. ein dem Individuum nach unbestimmter oder ungewisser Erbe sei gar keiner. Nun gab es aber noch einige andere Fälle, in welchen wegen Mangels individueller Bestimmtheit des Erben die Einsetzung nicht bestehen konnte, — nämlich für juristische Personen und Postumen. Es ist klar, daß unter dem Mangel individueller Bestimmtheit hier etwas ganz Anderes zu verstehen ist, wie in den Fällen, wo der Testirer die Per-

sonen nicht vertragen habe (S. 116 fgg.). So geht denn also seine Meinung im wesentlichen eben dahin, wie die von Rau, und ein Gleiches gilt auch von der Ansicht Hübners, ungeachtet dieser Schriftsteller sie als eine eigenthümliche geltend zu machen sucht, l. l. p. 83—87.

ſon des Erben nicht beſtimmt namhaft gemacht hat. Den juriſtiſchen Perſonen fehlte ſie wegen des bei ihnen eintretenden Mangels körperlicher Individualität, den Poſtumen, weil ſie überall noch nicht exiſtirten. Allein ſo wie wir hier von individueller Unbeſtimmtheit reden können, ſo konnten auch die Römer dieſe an ſich ſehr verſchiedenartigen Fälle unter die Regel bringen: **persona incerta heres institui nequit**, — eine Regel, welche freilich urſprünglich eine engere Bedeutung hatte [16]). Darum dürfen wir aber die Verſchiedenheit der Fälle ſelbſt keineswegs überſehen, ſondern es erfordert theoretiſche Genauigkeit und die Rückſicht auf Vermeidung practiſcher Irrthümer, daß wir jede unter die Regel gehörige Beſchränkung aus dem ihr eigenthümlichen Geſichtspuncte zu erklären ſuchen. Dieſer iſt denn für die Poſtumen im engern Sinne, d. h. für die Nachgeborenen auch bald gefunden. Urſprünglich konnten ſie nicht eingeſetzt werden, weil ſie keine exiſtirende Weſen waren, aber als auch die Regel ſchon exiſtirte: **conceptus in rerum na-**

16) Allenthalben wo die Regel angeführt wird, iſt zuerſt von dem Mangel des certum consilium, oder der certa opinio die Rede, und daran knüpfen ſich denn die dahin gehörigen Beiſpiele; in der Folge werden denn auch die Poſtumen und juriſtiſchen Perſonen genannt, und zwar in einem ſolchen Zuſammenhange mit dem Vorausgehenden, daß man nicht zweifeln darf, es ſei auch hierauf die Regel angewandt; unverkennbar iſt es aber zugleich, daß ihre urſprüngliche und nächſte Beziehung in einer, in ſubjectiver Hinſicht unbeſtimmten Willensäuſſerung des Teſtirers zu ſuchen iſt. Dafür darf man ſich denn auch wohl auf die Stelle von Theophilus beziehen, wo er ſagt: der poſtumus ſei *similis* incertis personis. (S. oben die Note 12.).

tura esse existimatur; da stand doch die Unsicherheit ihrer künftigen Existenz der Möglichkeit sie einzusetzen entgegen, ja es ist nicht unwahrscheinlich, daß man gerade hiedurch darauf kam, sie als incertae personae zu bezeichnen. Zwar knüpfte man zunächst hieran die Erbfähigkeit der Postumen und so wurde denn auch ihre Einsetzung im Testamente dadurch möglich; allein lange noch nach dem Aufkommen jenes Grundsatzes war eine große Classe von Postumen nicht einsetzungsfähig, und dies konnte, nachdem ihre Persönlichkeit an sich anerkannt war, nur in der Unsicherheit ihrer künftigen Existenz seinen Grund haben. Hier, so wie auch sonst, kann man also sagen: Persönlichkeit ist Grundbedingung der testamentarischen Erbfähigkeit, aber diese ist darum noch nicht in allen Fällen vorhanden, wo jene anerkannt ist. So paßt denn auch der Begriff einer incerta persona auf die sui postumi, welche schon zur Zeit der Testamentserrichtung physisch existirten. Suität ist eine besondere Art der Rechtsfähigkeit (persona), und ob sie für ein an sich bereits existirendes Rechtssubject jemals eintrete, ist eben so ungewiß, wie das künftige Leben eines noch nicht gebornen Kindes es ist.

Anlangend nun die Modificationen der Regel für die Postumen, so wurde oben bereits bemerkt, daß schon nach dem Pandektenrechte alle und jede postumi sui eingesetzt werden konnten. Ja es genügte sogar, wenn Jemand, der zur Zeit des Testaments noch kein Notherbenrecht hatte, späterhin aber in das Verhältniß eines suus zum Erblasser trat, bei dem Anfall der Erbschaft sich schlechthin, d. h. nicht als postumus suus eingesetzt fand; also er rumpirte das Testament nicht schon aus dem

Grunde, weil er nicht als suus berücksichtigt war [17]). Nur auf die Form der Einsetzung legte man insoferne noch Gewicht, daß, wenn dieselbe unter einer der bestimmten Formen für postumi sui erfolgt, eine andere Art der Suität aber eingetreten war, das Testament nun nicht bestehen konnte; wenigstens nicht nach dem Civilrecht, — denn daß auch hier der Prätor durch secundum tabulas B. P. half, ist wohl kaum zu bezweifeln [18]). Wäre dies aber auch nicht der Fall gewesen, so würde doch blos die unpassende Bezeichnung nach dem neueren Rechte [19]) nicht mehr entgegengestanden haben, — falls nicht etwa eine Beschränkung auf den genannten Fall in dem Willen des Testirers lag. Genug die constitutio de incertis personis, welche nicht die Form, sondern nur die rechtliche Möglichkeit der Einsetzung gewisser Personen zum Gegenstande hatte, konnte hier schwerlich noch etwas ergänzen. Anders verhielte es sich in Ansehung der postumi alieni, und auch nur dieser gedenkt Justinian da, wo er von seiner const. de incertis personis spricht [20]). Freilich fehlt seinen Aeusserungen hierüber der rechte Zusammenhang; so heißt es in dem §. 26. I. *de legat.* „Postumo alieno inutiliter legabatur," und fast unmittelbar darauf (in dem §. 28. *eod.*) „postumus alienus heres institui et *antea poterat*, et nunc potest;" da doch Abweichungen von den strengrechtlichen Prinzi-

17) L. 23. §. 1. D. *de lib. et postum.* „Si Titius heres institutus loco nepotis adoptetur, defuncto postea filio, qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo, qui heres invenitur."

18) Vgl. Bd. 36. d. Comment. S. 295—299.

19) L. 15. C. *de test.* (VI. 23.).

20) §. 26. 27. I. *de legat.* Pr. I. *de bon. poss.*

pien auch für die Legate oder Vermächtnisse in alter Form bekanntlich eher und häufiger eintraten, als für Erbeseinsetzungen. Erst durch eine Combination der verschiedenen, von Honorirung der postumi alieni handelnden Stellen, wird eine Vereinigung dieser Stellen möglich. Vorher aber ist es nöthig, den Begriff eines postumus alienus festzustellen. Gajus und Justinian [21]) bestimmen ihn auf folgende Weise: „est alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori [22]) futurus non est; ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo.“ — Postumus alienus also ist Jeder, welcher nicht die Rechte eines suus gegen den Erblasser erhält [23]). Auf das Verhältniß, worin sonst der Postumus zu dem Erblasser steht, kommt nichts an; der eigne Descendent kann postumus alienus seyn, wenn er keine Suitätsrechte hat. Ja es darf wohl angenommen werden, daß der Ausdruck po-

21) Gaji inst. II. §. 241. §. 26. I. *de legat.*

22) In den meisten Institutionen-Handschriften wird *testatoris* gelesen, was auch Schrader in den Text aufgenommen hat. Bei Gajus und in mehreren von Schrader angef. Handschriften findet sich das passendere testatori.

23) Gajus erwähnt hier, nach der Weise der Alten, nur die eigentliche Entstehungsart der Postumen, nämlich Geburt. Offenbar soll dies nicht heissen: alienus postumus sei Jeder nur nicht als suus Geborne, denn sonst hätte er nicht sagen können: „Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus“ (§. 241), da doch längst feststand, daß ein Grosvater seinen Enkel, welcher bei seiner Geburt noch keine Suitätsrechte hatte, aber durch das Wegfallen des Vaters späterhin suus seines Grosvaters wurde, einsetzen dürfe (L. 29. §. 15. D. *de lib. et post.* Vgl. Bd. 36. d. Comment. S. 227 fgg.).

stummus regelmäßig auf Kinder und andere Descendenten des Erblassers bezogen wird. Dafür sprechen, zunächst der Ursprung des Worts [24]), sodann die vielen Stellen, in welchen ohne nähere Erklärung des Worts vorausgesetzt werden muß, daß unter dem Postumus nur ein Descendent gemeint sei [25]), endlich die Gründe, welche überhaupt eine rechtliche Berücksichtigung der Postumen veranlaßten. Um nämlich zu verhüten, daß nicht durch nachgeborene Descendenten ein Testament rumpirt werde, kam die Möglichkeit auf, sie im Testamente zu berücksichtigen. Blos prätorische Notherben (also Emanzipirte und diesen gleichgestellte Descendenten) rumpirten zwar nicht eigentlich das Testament, worin sie unberücksichtiget geblieben waren [26]), allein sie erhielten eine contra tabulas B. P., wodurch ja ebenfalls das Testament im Wesentlichen rescindirt wurde [27]). Die Einsetzungsformeln für Postumi giengen

24) Es ist bekannt, daß die Alten den Namen daraus herleiten: es sei ursprünglich ein nach des Vaters Tode gebornes Kind darunter verstanden worden. S. z. B. Varro de lingua lat. Lib. VIII. bei Gothofredus amitt. lat. ling. p. 84. lin. 21. Gellius noct. att. Lib. II. c. 16. *C. G. de* Winckler de lege Junia Velleja §. 5. (opusc. min. T. I. p. 262.). — Vgl. hierüber die nähere Ausführung im 36sten Bde d. Comment. S. 154. Not. 44.

25) M. s. z. B. die L. 4. 5. u. 27. D. *de lib. et post.*

26) S. Theophilus in der Paraphrase zu §. 5. I. *quib. mod. test. infirm.* und oben S. 6. dieses Bandes.

27) Vgl. L. 1. §. 1. u. 2. L. 4. §. 1. 3. D. *de Bon. pos. contra tab.* Ulpiani Fragm. Tit. XX. §. 23. — J. C. Bluntschli Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen. S. 72. u. Bd. 37. d. Comment. S. 71. (a. E.) fg. — Zum Schutze des Erbrechts nachgeborner Descendenten (sui oder non sui) führte der Prätor ein besonderes Rechtsmit-

aber nur auf postumi sui, nach Civilrecht konnten mithin nur diese eingesetzt werden. So wie aber der Prätor eine contra tab. B. P. dem präterirten postumis non suis gab, so verstand es sich von selbst, daß er ihnen auch eine sec. tab. B. P. ertheilte, wenn sie eingesetzt waren[28]). Wir dürfen also gewiß annehmen, daß ursprünglich unter dem alienus postumus ein Descendent des Erblassers verstanden wurde, welcher nun keine Suitätsrechte hatte, sodann, daß selbst in den neueren Rechtsquellen meistens an einen solchen gedacht wird, wie ja überhaupt die Alten bei allgemeinen Rechtsbestimmungen gewöhnlich den ursprünglichen und eigentlichen Begriff einer Sache vor Augen haben[29]). Allein darum darf man noch keineswegs behaupten, daß der Ausdruck

tel ein, die bonorum possessio ventris nomine, welche übrigens nicht als eine Art der Erbfolge anzusehen ist, sondern nur das eventuelle Erbrecht des Postumus sichert. L. 1. pr. §. 11—13. D. *de ventre in poss. mitt.* (XXXVIII. 9.). *F.* Foerster de bonor. poss. liberor. praeterit. contra tabulas parentum p. 246. (a. E.) sq. Bluntschli a. a. O. S. 73 fg. In der Folge wurde diese bon. poss. zur Sicherstellung jedes Intestaterbrechts benutzt; L. 7. pr. D. *eod.* „Ubicunque ab intestato admittitur quis, illic et venter admittitur, scilicet si talis fuerit is, qui in utero est, ut, si in rebus humanis esset, bonorum possessionem petere posset, *ut in omnibus partibus edicti pro superstite habeatur is, qui in utero est.*“

28) Pr. I. *de bon. poss.* (L. 3. D. *de Bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.).

29) Für unseren Fall ergiebt sich dies auch aus dem angeführten Beispiele („ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo“); §. 26. I. *de legat.*

postumus stets nur auf einen Descendenten des Erblassers gehe [30]). Das Gegentheil ergiebt sich mit Bestimmtheit aus folgenden Stellen; zuerst aus der L. 6. pr. D. *de inoff. test.* [31]). „Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres, *vel legitimus* potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore; *sed et cognatorum, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere.* — — Simili modo et eum, qui post testamentum matris factum ex secto ventre extractus est, posse queri dico" [32]). Ferner aus der L. penult. D. *de legat. I.*: „*A fratris postumo* [33]) adeicom-

30) Dies behaupten *Eg.* Brand ad §. 26. I. *de leg.* p. m. 264 sq. u. Strauch in der angef. Diss. de personis incertis Cap. V. §. 6.

31) In einer anderen Beziehung ist diese Stelle bereits vorgekommen Bd. 35. d. Comment. S. 147 fg.

32) Wer der Meinung ist, daß die Einsetzung eines postumus non suus blos nach Analogie der sui gestattet sei, kann allein schon durch die Schlußworte dieser Stelle widerlegt werden. Denn alsdann könnte auch nicht von dem postumus einer Frau die Rede seyn, eben so wenig, wie eine contra tabulas B. P. gegen deren Testament möglich ist; s. Bd. 37. d. Comment. S. 52 fg.

33) In manchen Handschriften wird statt *fratris* gelesen: heredis, oder heredi, und es fehlt dieser Lesart nicht an Vertheidigern. (S. z. B. *Lud.* Charondae verosimil. Lib. I. c. 15.; in Otto thes. jur. civ. T. I. p. 722. Wenigstens enthält sie nichts, was der von mir angenommenen Bedeutung von postumus alienus entgegen träte, vielmehr würde dadurch anerkannt seyn, daß schon zur Zeit der juristischen Classiker auch der Postumus eines Nichtverwandten im Testamente habe berücksichtigt

missum dari potest; sola enim voluntas servatur in fideicommissis, et obtinuit Galli sententia, alienus quoque postumos legitimos nobis heredes fieri.“ — Die vorher angeführte Stelle ſpricht noch von ſolchen Poſtumen, welche Notherbenrechte (im weiteren Sinne) hatten, oder wegen nicht im Teſtamente erfolgter Berückſichtigung die inofficiosi testamenti querela anſtellen konnten. Hier aber wird anerkannt, daß auch Nachgeborne eines Bruders, alſo Poſtumen ohne Pflichttheilsrecht gegen den Teſtirer, als geſetzliche Erben mit einem Fideicommiß beſaſtet, mithin wenigſtens in Codizillen berückſichtigt werden können. — Ueber die Aeuſſerung: obtinuit Galli sententia u. ſ. w. iſt von jeher viel Streit geweſen [34]). Daß Gallus Aquilius (denn daß dieſer gemeint ſei, darf nicht bezweifelt werden) gerade den Satz aufgeſtellt habe: nachgeborne Agnaten erben eben ſo gut ab intestato, wie nachgeborne Deſcendenten [35]),

werden können. Indeſſen paßt die Florentiniſche Lesart (a *fratris* postumo) zu dem ganzen Zuſammenhange beſſer; denn wozu diente ſonſt überhaupt die Bemerkung: es ſei das geſetzliche Erbrecht eines Nachgebornen auf den Grund der Anſicht von Gallus Aquilius anerkannt? S. *Ant.* Merenda controversiar. jur. civil. Lib. XV. Cap. I. §. 10.

34) M. ſ. Bachovius ad Instit. tit. de legat. §. 20. (26.) Nr. 3. *Cael.* Taurellus ad Gallum et Legem Vellejam (bei Otto thes. T. IV. p. 1607.) *de* Winckler diss. de lege Jun. Vell. §. 9. (opp. T. I. p. 272 sqq.) Rau diss. de incertis personis §. 3. p. 18 sq. Tilling diss. II. cit. p. 103 sq. Hübner disp. cit. p. 92 sq. u. die daſelbſt angef. Schriftſteller.

35) Dieß wird unter Anderen angenommen von *Cael.* Taurellus (ſ. die vor. Note). *Gr.* Majansius ad trig

wäre allerdings wohl möglich. Denn so gut er das Recht der Einsetzung eines postumus suus lediglich durch Interpretation mittelst einer von ihm erfundenen Formel fortbildete [36]), eben so konnte er auch auf folgende Art schliessen: das Recht eines postumus suus, ab intestato zu erben und in Folge dessen ein Testament seines Ascendenten zu rumpiren, setzt die Anerkennung eines gesetzlichen Erbfolgerechts für einen noch nicht gebornen Menschen voraus; es ist daher consequent, dies Recht für Alle gelten zu lassen, welche das Gesetz zur Erbfolge ruft [37]). Es kann der Jurist aber auch unter dem alienus postumus den verstanden haben, welcher, wenn er zur Zeit der Einsetzung erschiene, alienus seyn würde, —

ICtor. Fragm. T. II. p. 113. §. 6. u. Pothier Pand. Justin. T. II. p. 285. Note c.

36) L. 29. pr. *de lib. et postum.* — Anerkannt war das Recht nachgeborner Descendenten des Erblassers, aber nur Derer, welchen zur Zeit der Testamentserrichtung kein Näherer im Wege stand. Die Neuerung des Gallus Aquilius nun besteht lediglich darin, daß in der Einsetzung auch auf den Fall, wenn bei des Erblassers Tode kein Näherer in der Mitte stehe, Rücksicht genommen werden dürfe. Vgl. Bd. 36. d. Comment. S. 186 fgg.

37) Auf diese Art wird das Argument von Winckler (l. l. p. 272.) und A. entfernt, daß Gallus, wenn ihm diese Neuerung direct zugeschrieben werden könnte, als Gesetzgeber und nicht als bloßer Interpret verfahren seyn müsse. Ich selbst habe es früher für bedenklich erachtet, den Gallus Aquilius als directen Urheber dieses Satzes zu betrachten (Bd. 36. S. 188. Note 12.). Jetzt bin ich geneigt, mit Bachov a. a. O. (S. die Note 34.) zu sagen: potuit et alia induxisse Gallus —; *sed quisque haec in re sua judicio fruatur.*"

nämlich den nach der Aquiliſchen Formel eingeſetzten Enkel von einem noch lebenden Sohne; die sententia Galli würde hier alſo das ſeiner Formel zu Grunde liegende Prinzip ſeyn, wonach das eventuelle Succeſſionsrecht ſelbſt ſolcher nachgeborner Kinder berückſichtigt werden durfte, welche, wenn ſie bei der Teſtamentserrichtung ſchon vorhanden wären, kein Suitätsrecht haben würden [38]). Genug, es ergiebt ſich aus dieſer Stelle mit Beſtimmtheit, daß früher zur Inteſtaterbfolge als legitimus heres nur der ſchon geborne Menſch zugelaſſen wurde, in der Folge aber der anfänglich auf die Deſcendenten des Erblaſſers ſich beſchränkende Begriff eines postumus ſich erweiterte, ſo daß man auch das Erbrecht nachgeborner Agnaten berückſichtigte. Es iſt aber nicht glaublich, daß man es dabei habe bewenden laſſen, vielmehr mußte die einmal zugelaſſene Ausdehnung des Begriffs auf einen postumus non suus faſt von ſelbſt auf den Satz führen, welchen wir ja auch ohne alle Beſchränkung in unſeren Rechtsquellen ausgeſprochen finden: „Verum est, omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse“ [39]). Wir dürfen daher auch keinen Anſtand nehmen, die Aeuſſerung Ulpians: auch wenn ein *extraneus postumus* zum Erben eingeſetzt ſei, ſo werde der Mutter die bonorum possessio ventris für den Fall gegeben, daß dieſelbe ſonſt keine Mittel zu ihrem Unterhalte habe [40]),

38) Dies ſcheinen die Meiſten anzunehmen; ſ. z. B. *Lud.* Charondas l. l. bei Otto T. I. p. 721. Tilling Diss. II. cit. p. 103 sqq. u. oben Bd. 36. d. Comment. S. 188. Note 12. (S. übr. die vorige Note).

39) L. 3. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.).

40) L. 6. D. *de bon. poss. ventris nomine* (XXXVII. 9.).

auf jeden zum Erben Angesetzten Postumus, möge er dem Erblasser verwandt seyn, oder nicht, zu beziehen, wie denn in der That auch die gemeine Meinung dahin geht: postumus alienus oder extraneus ist jeder beim Tode des Erblassers oder bei der Errichtung des Testaments noch nicht geborne Mensch, welcher nicht suus heres des Erblassers ist, gleichviel übrigens, ob er dessen Descendent ist, oder nicht [41]).

Demungeachtet wurden postumi alieni in Beziehung auf testamentarische Zuwendungen nach dem Civilrecht zur Zeit der juristischen Classiker noch nicht als vollständige Rechtssubjecte betrachtet. Die civilrechtlichen Einsetzungsformeln waren nur auf postumi sui anwendbar; die heredis institutio eines postumus alienus konnte mithin keinen civilrechtlichen Effect haben. Der Prätor gab zwar auf den Grund des Rechtssatzes: conceptus in rerum natura esse videtur, eine secundum tabulas Bonorum possessio [42]), indessen konnte doch Gajus mit Grund sagen: „ne heres quidem potest institui postumus alienus [43]); denn heres i. e. Sinne

41) S. z. B. Bachov u. Vinnius ad Inst. l. l. (dieser unterscheidet drei Arten der alieni postumi; den, worauf die Aquilische Einsetzungsformel gehe, — den magis alienus, d. i. der nepos ex filio conceptus so wie den Postumus einer Mutter, — und den alienissimus et maxime extraneus!) Winckler l. l. p. 272 sqq. Rau diss. cit. §. 3. p. 12. Tilling Disp. I. p. 16. Disp. II. p. 95 sqq. Hübner l. l. p. 99. — Auch der Scholiast der Basiliken stimmt hiermit überein. T. V. p. 325. Schol. 9.

42) L. 3. D. *de bon. poss. sec. tab.* (s. den Text zur Note 39.).

43) Gaj. inst. II. §. 242. — An einer anderen Stelle erklärt

war der bloße Bonorum possessor nicht, die civilrechtliche heredis institutio als solche konnte folglich keine Wirkung haben. Allmählig aber wurde civilrechtliches und prätorisches Erbrecht der Wirkung nach einander völlig gleichgestellt, weshalb denn Justinian, welcher hier nur die Wirkung vor Augen hat, sich über die Erbeinsetzung eines postumus alienus so äussert: „postumus autem alienus heres institui et antea poterat, et nunc potest“ [44]). Daß eine solche Einsetzung auch nach Civilrecht giltig sei, erklärt Justinian selber an einem anderen Orte für ein Ergebniß seiner constitutio de incertis personis (die freilich hier in materieller Hinsicht kein neues Recht mehr schaffen konnte): „si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat, honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum a Praetore adjuvabatur;

Gajus, daß die Postumen zwar in vielen Beziehungen für rechtsfähig zu halten seien, jedoch die sui in einem höheren Grade, als die extranei: „Cum — in compluribus aliis causis postumi pro jam natis habeantur, et in hac causa placuit, non minus postumis, quam jam natis testamento tutores dari posse: si modo in ea causa sint, ut si vivis nobis nascantur, in potestate nostra fiant. Hos etiam heredes instituere possumus, cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit.“ (Lib. I. §. 147.).

44) §. 28. I. *de legat.* — S. *Fr.* Duarenus disputation. anniversariae. Lib. II. c. 38. (opp. p. 1072.). Vinnius ad h. l. Strauch diss. de pers. incertis Cap. V. §. 8. 9. Tilling Disp. II. p. 98. Hübner l. l. p. 105. Vgl. unten Not. 58.

sed et hic nostra constitutione (*de incertis personis*) hodie recte heres instituitur, quasi et juri civili non incognitus“ [45]).

Nicht ganz ſo verhielt es ſich mit den Vermächtniſſen. Hier wurde noch zur Zeit der juriſtiſchen Claſſiker die Wirkung der Vermächtniſſe in ſtrenger Form, oder der legata, meiſtens noch durch die Form beſtimmt, — ſie hieng mit dieſer ſo genau zuſammen, daß ein Legat, welches als ſolches nicht beſtehen konnte, auch als Vermächtniß in freier Form oder Fideicommiß nicht galt [46]), wogegen fideicommiſſariſche Anordnungen für manche Arten der incertae personae, und namentlich für postumi alieni,

45) Pr. I. *de bon. poss.* — Meiſtens nimmt man an, daß der Prätor hierüber ein eignes Edict erlaſſen habe. Siehe *C. G.* Hoffmann hist. jur. Rom. Justin. Vol. II. p. 305 sq. u. Rau diss. de personis incertis §. 7. p. 39 sq.

46) Selbſt die Verordnung der Kaiſer Conſtantin, Conſtantius und Conſtans a. d. J. 339. (L. 21. C. *de legatis.* VI. 37. „In legatis vel fideicommissis necessaria non sit verborum observantia“ u. ſ. w.) darf noch nicht ſo verſtanden werden, daß ein Legat, welches wegen mangelnder Form als Legat überall nicht beſtehen könne, die Wirkung eines Fideicommiſſes haben ſolle (ſ. Marezoll zur Lehre von den Vermächtniſſen, in der Zeitſchr. für Civilrecht und Prozeß Bd. IX. Nr. IX. S. 250 fgg.). Erſt durch eine Conſtitution Juſtinians v. J. 531. (L. 2. C. *commun. de legat.* VI. 43.) wurde dies bewirkt, oder die zwiſchen Legaten und Fideicommiſſen immer noch beſtandene formelle Verſchiedenheit ganz aufgehoben. (Marezoll a. a. O. S. 261 fg.). Inzwiſchen war aber auch ſchon das Legiren an einen postumus alienus durch die const. de incertis personis geſtattet.

alieni, als giltig anerkannt wurden. Früher waren bekanntlich die Fideicommisse an die subjectiven Einschränkungen des positiven Rechts überall nicht gebunden [47]; in der Folge änderte sich dies, und durch ein Senatusconsult unter Hadrian wurde bestimmt, daß einer nach dem Civilrecht unfähigen Person hinterlassene Fideicommisse dem Fiscus anfallen sollten [48]. Bis dahin konnte auch einer incerta persona (soweit diese überhaupt nur existirte und zu erkennen war), folglich auch einem postumus alienus, ein Fideicommiß zugewandt werden; durch das Hadrianische Senatusconsult wurde aber dies ebenfalls verboten; — „olim (sagt Gajus in dem zweiten Buche seiner Institutionen §. 287.) incertae personae, vel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamvis neque heres institui, neque legari ei posset. Sed Senatusconsulto quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis, quod

47) Gaji inst. II. §. 285. Theophilus ad §. 1. I. *de fideicommissar. hereditatib.*

48) Gaji inst. II. §. 285. — „Sed postea id prohibitum est, et nunc ex oratione divi Hadriani Senatusconsultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur.“ — Vgl. §. 25. I. *de legat.* „Incertis vero personis neque legata, neque fideicommissa olim relinqui concessum erat; nam nec miles quidem incertae personae poterat relinquere ut divus Hadrianus *rescripsit*.“ — Hadrian bestimmte also der alten Regel: eine ungewisse oder unbestimmte Person könne nicht im Testamente bedacht werden, soweit sie nicht durch das Civilrecht schon modifizirt war, einen möglichst weiten Wirkungskreis; vermuthlich hatte er dabei den Vortheil des Fiscus vor Augen. Vgl. noch Schrader in den Noten zu den Institutionen p. 375.

in legatis hereditatibusque constitutum est.“ Hieraus erklärt ſich wahrſcheinlich folgende Aeuſſerung des Julianus, eines Zeitgenoſſen Hadrians: „Si ei, qui post testamentum factum et *ante codicillos scriptos natus esset*, codicillis per fideicommissum aliquid daretur, utile est“ [49]). Häufig führt man dieſe Stelle mit unter den Argumenten an, welche beweiſen ſollen, daß jedem Poſtumus ein Fideicommiß habe hinterlaſſen werden dürfen [50]). Indeſſen gewiß mit Unrecht; Julian erfordert zur Giltigkeit der Anordnung ausdrücklich, daß der zur Zeit des Teſtaments noch nicht geborne Menſch vor der Anordnung, wodurch ihm das Fideicommiß zugewandt wird (alſo vor dem Codizill) erſchienen ſeyn müſſe. Seitdem die Giltigkeit der Fideicommiſſe für Poſtumen anerkannt iſt, können freilich die Worte: „et ante codicillos scriptos natus esset“ jenen Sinn nicht mehr haben, oder: das daraus abzuleitende argumentum a contrario verträgt ſich nicht weiter mit dem neueren Rechte [51]). Die in dem Hadrianiſchen Senatusconſult in Anſehung der incertae personae enthaltene Be-

49) L. 2. pr. D. *de jure codicillor.* (XXIX. 7.).

50) S. die Accurſiſche Gloſſe zu dieſer Stelle. *Ant.* Merenda controv. jur. civ. Lib. XV. c. 1. §. 5. *Joh.* Altamiranus ad Lib. VIII. Quaest. Scaevolae Tr. VIII. §. 13. (bei Meerman thes. T. II. p. 482.). Hübner l. l. p. 91.

51) Immer aber dient die Stelle noch zur Erläuterung des Grundſatzes: „in illis, quae facti sunt, tempus codicillorum spectandum est.“ L. 7. §. 1. D. *de jure codicillor.*, und darum nahmen die Compilatoren ſie mit auf. Vgl. Pothier Pand. Justin. Tit. de jure codicill. Nr. XXII. p. 266. B.

schränkung wurde zuerst für gewisse Fälle aufgehoben[52]), wohin denn auch die Gestattung der Familienfideicommisse gezählt werden muß[53]), indem diese mit jener Beschränkung schwerlich zu vereinigen sind; aber schon zur Zeit von Gajus scheint sie für die Postumen ganz weggefallen zu seyn. Dieser Jurist erklärt sich zwar hierüber nicht ausdrücklich, allein er setzt die Giltigkeit solcher Fideicommisse voraus, wenn er schreibt: „Si sibi et postumo suo *vel alieno* hereditatem restituere quis rogaverit, — utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quaeritur“[54]). Er entscheidet: wenn der Postumus nicht erscheine, so falle der demselben bestimmte Theil dem an-

52) So wurde durch ein senatusconsultum Apronianum die fideicommissarische Zuwendung von Erbschaften an Städte gestattet; L. 26. D. *ad Sct. Trebell.* (XXXVI. 1.). Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 5. — Von diesem Senatusconsult wird noch weiter unten (bei Nr. II.) die Rede seyn. Einstweilen vgl. m. Schulting in d. Noten zu Ulpian p. 635. Not. 13.

53) L. 32. in f. L. 69. in f. D. *de legat. II.*

54) L. 5. in f. L. 6. D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.). Hinter L. 5. (welche mit *rogaverit* schließt) ist folgende Stelle des Mäcianus eingeschoben: „vel ex parte te, et ex parte postumum heredem instituisset, *legatumve* similiter vel fideicommissum dedisset.“ — Dabei darf denn nur an einen postumus suus gedacht werden, wenn nicht in der vorgehenden Stelle das „*vel alieno*“ eingeschoben ist. Dies vermuthet a Costa in dem Commentar zu §. 28. Inst. *de legat.* in f. und mit Berufung auf Cujacius auch Pothier Pand. Justin. Lib. XXX—XXXII. Nr. 424. T. II. p. 360. Note a.

deren Fideicommiſſarius an (minime postumum partem facere); werde der Poſtumus geboren, ſo concurrire er mit dieſem [55]). Möglich wäre hier freilich eine Interpolation (ſ. die Note 54.): jedoch kommt darauf nichts an. Denn wie ſich die Sache auch in Anſehung der Fideicommiſſe verhalten haben möge [56]), ſo iſt gewiß, daß für Legate das alte Recht ganz ungeändert bis auf Juſtinian beſtand. Hieraus erklärt es ſich denn vollſtändig, wie der Kaiſer zu der Aeuſſerung kam: die Erbeseinſetzung eines postumus alienus ſei früher ſchon erlaubt geweſen, dagegen das Legiren an denſelben erſt durch ſeine Conſtitution möglich geworden [57]); beides iſt buchſtäblich wahr, auſſer daß der Kaiſer den Ausdruck heres hier in einem uneigentlichen Sinne nimmt, nämlich für bonorum possessor [58]). Wie ſchlecht begründet alſo die Conjectur von Alciati iſt, welcher (mit Einſchaltung eines *non* vor alienus) die Aeuſſerung Juſtinians in dem §. 28. I. de legatis ſo verſtehen will: es habe ein postumus suus von jeher zum Erben eingeſetzt werden können [59]), bedarf wohl keiner weiteren Bemerkung [60]).

Uebrigens fügt der Kaiſer die Beſchränkung hinzu: „nisi in utero ejus sit, quae jure nostro uxor esse

55) L. 7. pr. D. *de reb. dub.*

56) Vgl. überhaupt noch Hübner disp. laud. p. 91 sqq.

57) §. 26—28. I. *de legat.*

58) Vgl. *Fr.* Duarenus disp. annivers. Lib. II. c. 38. u. die ſonſt oben Note 44. angef. Schr. Auſſerdem *A.* Faber conj. Lib. IX. c. 2. *A.* Merenda controv. jur. civ. Lib. XV. c. 1. §. 7. Schrader ad §. 28. I. *de legat.*

59) Alciati Parerg. Lib. IX. c. 1.

60) S. dagegen auch noch *Jo.* Robertus receptar. lection. Lib. I. c. 3. Vinnius ad §. 28. I. *de legat.*

non potest.“ Heißt dies soviel: den Postumus von einer Frau, welche der Testirer nicht zur Gattin haben kann, darf er nicht einsetzen? Wäre dieser Satz unbedingt wahr (denn auf gewisse Weise ist er es allerdings), so würde man entweder annehmen müssen, daß der Testirer nur die von ihm selbst, und zwar in rechter Ehe erzeugten Postumen einsetzen könne, oder, daß die Postumen einer dem Testirer nahe verwandten Person, namentlich die Schwesterkinder, nicht eingesetzt werden dürften, wohl aber die Kinder einer Frau, welche ihm durchaus fremd ist. Daß Ersteres unrichtig sei, ist oben nachgewiesen; durch Letzteres würde aber dem Röm. Rechte eine Absurdität aufgebürdet werden, die wohl kaum ihres Gleichen hätte! Wir müssen uns also nach einer anderen Erklärung umsehen, die aber auch nicht ferne liegt. — Oben (S. 377 fg.) wurde bereits ausgeführt, daß man bei Erwähnung der Postumen meistens nur an nachgeborne Descendenten des Erblassers dachte, ohne gleichwohl andere Nachgeborne von dem Rechte auszuschließen, welches überhaupt für **postumi alieni** galt. Auch Justinian hat hier Descendenten des Testirers vor Augen, wie das am Schlusse des §. 26. angeführte Beispiel („**ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo**“) beweist. Es liegt aber offenbar ein Verstoß gegen Sitte und Recht darin, die künftigen Kinder einer Frau mit welcher man nicht in der Ehe leben kann, als die seinigen einzusetzen, gleichviel ob als suos oder als alienos postumos. Von den letzteren spricht hier Justinian; von den ersteren Paulus in einer Pandektenstelle [61]), worin es unter Anderem (§. 1.) heißt: „**Sed si ex ea, quae alii nupta sit, postu-**

61) L. 9. pr. §. 1. 3. 4. D. *de lib. et postum.* (XXVIII. 2.).

mum quis heredem instituerit, ipso jure non valet, *quod turpis sit institutio;*“ ferner (im §. 3.): „Sed si ex ea, quam nefas sit ducere, postumum heredem instituero, non puti rumpi testamentum Pomponius.“ Das Letztere ist nur eine Anwendung des Satzes, daß eine solche Erbeseinsetzung null und nichtig sei. Ist sie dies, so kann das Testament überall nicht gelten, folglich auch ein früheres nicht rumpiren. — Daß nun hier, wie in der Institutionen-Stelle solche Postumen gemeint sind, welche der Testirer als die seinigen einsetzt, ist ausser Zweifel [62]), und es beruht dies lediglich auf der noch allgemeineren Regel: Wer nachgeborne Kinder als die seinigen einsetzen will, muß auch möglicherweise ihr Vater seyn können. Darum durfte denn ein absolut Zeugungsunfähiger seine Nachkommen nicht einsetzen [63]); nur ein zeitiges Hinderniß der Zeugung schadete der Giltigkeit einer solchen Einsetzung nicht [64]). Und eben so

62) S. die Accursische Glosse zu L. 9. §. 1. D. *de lib. et postum.* v. *postumum* (wobei bemerkt ist: *ut suum*). Cujacius ad tit. Dig. de lib. et postum. h. l. (ed. Neapol. T. I. p. 1060.). Vinnius ad §. 28. I. Nr. 2. Pothier ad Tit. Dig. *de injusto, rupto, irrito f. test.* Nr. VI. Not. f. T. II. p. 191.

63) L. 6. §. 1. D. *de lib. et post.* „— si castratus sit, Julianus Proculi opinionem secutus non putat, postumum heredem posse instituere; quo jure atimur.“

64) Paulus trägt dies an derselben Stelle vor, wo er von den moralischen Ehehindernissen zwischen dem Testirer und der Frau, deren Postumen jener als die seinen einsetzt, spricht; L. 9. pr. D. *de lib. et postum.* „Si quis postumos, quos per aetatem aut valetudinem habere forte non potest, heredes instituit, superius testamentum rumpitur, quod natura magis in ho-

wenig darf es für eine unschickliche, folglich wirkungslose Erbeseinsetzung gehalten werden, wenn Jemand die künftigen Kinder einer Frau, mit der er nur zur Zeit nicht verheirathet ist, als die seinigen einsetzt. So besteht die Einsetzung ganz unbedenklich zu Recht, wenn ein unverheiratheter Mann die künftigen Kinder einer ebenfalls unverheiratheten Frau, mit welcher er möglicherweise eine Ehe eingehen kann, als die seinigen einsetzt [65]). Ja auch ein verheiratheter Mann kann seine mit einer künftigen Frau zu erzeugenden Kinder einsetzen; es liegt darin an und für sich noch nichts Unschickliches oder Schlechtes, sondern es darf dies als eine Vorsorglichkeit betrachtet werden, wodurch der Testirer auf alle unvorherzusehende Fälle die Ruption seines Testaments zu verhüten sucht, hat also die nämliche Wirkung, wie

mine generandi et consuetudo spectanda est, quam temporale vitium, aut valetudo, propter quam abducatur homo a generandi facultate.“ Vgl. L. 6. §. 2. D. *eod.*

65) L. 27. D. *de lib. et post.* „Postumum ex qualibet vidua natum sibi filium heredem institare potest.“ — Vidua ist hier jede unverheirathete Person, Wittwe oder Jungfrau; L. 242. §. 3. D. *de V. S.* „Viduam non solum eam, quae aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierum, quae virum non habuisset, appellari ait Labeo, quia vidua sic dicta est, quasi vecors, vesanus, qui sine corde aut sanitate esset, similiter viduam dictam esse, sine duitate.“ So wie also die Silbe *ve* oder *vi* überhaupt auf die Abwesenheit einer gewissen Eigenschaft hinweise, so bedeute auch vidua eine Person welche allein (ohne ein Zweites) sei. Vergl. *A.* Gellius N. A. Lib. V. c. 12. (über die Ableitung der hier zur Erklärung angeführten Ausdrücke); ferner *Scipio* Gentilis origin. ad

wenn er in einer allgemeinen, aber hinreichend bestimmten Einsetzungsformel seinen Postumen einsetzt, indem diese Einsetzung von selbst auch auf die mit einer anderen Ehefrau zu erzeugenden Kinder bezogen werden muß. Daher schreiben Ulpian und Javolenus [66]: „Placet omnem masculum posse postumum heredem scribere [67], sive jam maritus sit, sive nondum uxorem duxerit; nam et maritus repudiare uxorem potest, et qui non (i. e. nondum) duxit uxorem, postea maritus effici. Nam et quum maritus postumum heredem scribit, non utique is solus postumus scriptus videtur, qui ex ea, quam habet uxorem, ei natus est, vel is, qui tunc in utero est, verum is quoque, qui ex quacunque uxore nascatur“ (L. 5.). „Ideoque, qui postumum heredem instituit, si post testamentum factum mutavit matrimonium, is institutus videtur, qui ex posteriore matrimonio natus est“ (L. 6.). Es versteht sich übrigens von selbst, daß hierbei vor allen Dingen die eigentliche Willensmeinung des Testirers in Betracht zu ziehen

Pand. lib. singular. v. *vidua* (bei Otto thes. T. IV. p. 1365 sq.). Menagius amoenit. jur. civil. c. 39. p. m. 394. Vgl. noch Schulting und Smallenberg Not. ad Dig. Tom. VII. P. 2. p. 793 sq.

66) L. 4. (von Ulpian) und L. 5. (von Javolen) D. *de lib. et postum.*

67) Ulpian, dessen Stelle aus seinem Commentar über Sabinus genommen ist, erläutert hier eine civilrechtliche Regel (s. J. Gothofredus ad P. II. regularum Sabinianarum; opusc. ed. Trotz p. 747.). Nach dem Civilrechte konnten aber nur postumi sui eingesetzt werden, folglich verstand sich von selbst, daß die Testirer Personen männlichen Geschlechts seyn mußten.

ist; ergiebt sich daher aus den Umständen oder gewählten Ausdrücken auch nur mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, daß derselbe lediglich an die zunächst erscheinenden Kinder gedacht habe, so muß die Einsetzung auch hierauf beschränkt werden [68]). Sodann darf eine solche Einsetzung nicht mit einer Verletzung dessen verbunden seyn, was Recht, Sitte und Anstand erfordern. Daher ist a) die Einsetzung unstatthaft, wenn man mit der Mutter des Postumen überall nicht verheirathet seyn darf [69]). Ob ein absolutes Eheverbot für die Frau besteht (wie z. B. für die Vestalinnen, Klosternonnen u. A.), oder ob zwischen ihr und dem Testirer nur ein relatives Ehehinderniß Statt findet, ist an sich gleichgiltig [70]). Ein blos zeitiges Hinderniß steht indessen nicht im Wege, soferne nicht in den Umständen etwas liegt, wodurch die Voraussetzung, daß man mit der Frau einmal Kinder erzeugen werde, als eine Unschicklichkeit erscheint. Dies ist der Fall, wenn die Frau gegenwärtig mit einem Ande-

68) Wenn daher die Gattin des Testirers schwanger ist und im Testamente wird das zu erwartende Kind eingesetzt, so kann nur das zur Zeit des errichteten Testaments im Mutterleibe befindliche Kind gemeint seyn. Mit Recht nehmen daher auch die älteren Interpreten an, daß die Einsetzung des venter nur auf ein jetzt zu erwartendes Kind gehe und nicht einmal die künftigen Kinder, welche man mit derselben Frau erzeugt, darunter verstanden werden können. S. *Ant.* Merenda controversiar. jur. civil. Lib. XV. C. 49. §. 1. und die daselbst von ihm angeführten Juristen.

69) §. 28. in f. I. *de legat.* L. 9. §. 3. D. *de lib. et postum.*

70) Vinnius ad §. 28. I. *de legat.*

ren verheirathet ist [71]), nicht aber, wenn man jene Voraussetzung in Ansehung seiner Adoptivschwester hegt; eine Auflösung des in Folge einer Adoption bestehenden geschwisterlichen Verhältnisses durch Emanzipation geschah bisweilen absichtlich, damit zwischen den bisherigen Geschwistern eine Heirath möglich werde [72]) und Niemand fand, oder konnte daran eine Unschicklichkeit finden. Daher trägt Paulus kein Bedenken, dem Satze: man könne dem Postumus einer Frau nicht einsetzen, „quam nefas sit ducere," die Beschränkung hinzuzufügen: „Sed si per adoptionem sororem factam habeam, potero postumum ex ea heredem instituere, quia adoptione soluta possum eam ducere uxorem" [73]). Aus gleichem Grunde konnte man denn auch die mit einer zur Zeit noch unmündigen, oder der herrschaftlichen Gewalt unterworfenen Person zu erzeugenden Kinder einsetzen [74]).—

71) L. 9. §. 1. D. *de lib. et postum.*

72) L. 17. pr. D. *de ritu nuptiar.* (XXIII. 1.). — So kam es auch vor, daß man seine natürlichen Kinder emancipirte, um deren Ehegatten adoptiren zu können. §. 2. in f. I. *de nupt.* L. 17. §. 1. D. *de ritu nuptiar.*

73) L. 9. §. fin. D. *de lib. et post.*

74) L. 28. §. 3. D. *eod.* (aus Tryphoninus Lib. XX. Disputation). Hier findet man auch noch das Beispiel angeführt: „veluti si scribas hodie heredem, qui tibi ex Titia natus erit, quando Titia — minor annis viginti quinque ea (*Hal.* est), cujus pater tuus tutelam administravit, aut tutor tu ipse fuisti, postea Titia uxor justa tibi fuerit, — — tempore annorum viginti quinque et utilis anni, et rationum allegatione" (reddita fügen hier manche Editoren hinzu, und der Sinn ist dadurch richtig ausgedrückt). Dieses Beispiel bezieht sich auf den bekannten Rechtssatz, daß

b) Für unzuläſſig muß auch die Einſetzung unehelicher Poſtumen gehalten werden [75]). Zwar iſt die Einſetzung unehelicher Kinder nur ausnamsweiſe nicht möglich; auch iſt nirgends ausdrücklich vorgeſchrieben, daß uneheliche Poſtumen nicht teſtamentariſch berückſichtigt werden dürfen.

ein ehemaliger Vormund oder deſſen Sohn die Pflegbefohlne erſt ehelichen dürfte, wenn dieſelbe großjährig geworden, die Vormundſchaftsrechnung abgelegt und die Zeit abgelaufen iſt, binnen welcher ſie gegen die Rechnung reſtituirt werden konnte. (L. 36. 59. 60. L. 62. §. 2. L. 64. D. *de ritu nuptiar.*). Alſo, ſeitdem Juſtinian den utilis annus der Reſtitution in ein quadriennium continuum verwandelt hat (L. pr. for. C. *de tmep. in int. rest.* II. 53. vgl. mein Lehrb. des Pand. R. §. 160. Note 4.), nicht vor dem zurückgelegten 29ſten Jahre der ehemaligen Pflegbefohlnen. Auf ähnliche Art nur, wie hier Tryphonin den Ablauf von 25 Jahren und auſſerdem noch eines utilis annus erfordert, drückt ſich Paulus aus, wenn er ſagt: „Non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam suam, intra vicesimum *et sextum* annum — — ducat uxorem, vel eam filio suo jungat.“ — Am Schluſſe fügt Tryphonin noch die allgemeine Bemerkung hinzu: „Et generaliter nato post testamentum herede scripto aditus est ad hereditatem, in qualicunque statu testamenti faciendi tempore fuit, quae postea testatori civiliter nupta est.“ Alſo: auf den Rechtszuſtand der künftigen Gattin zur Zeit der Teſtamentserrichtung kommt nichts an, wenn dieſelbe nur in der Folge des Teſtirers rechtmäßige Gattin geworden iſt. — Vgl. noch Cujacius ad h. l. in opp. ed. Neapol. T. 1. p. 1070.

75) Schon die Accurſiſche Gloſſe verſteht die Beſtimmung der L. 27. D. *de lib. et post.*: „postumum ex qualibet vidua natum sibi filium heredem instituere potest“ von einem ehelich erzeugten Poſtumus.

Allein die Voraussetzung, daß man aus einem unerlaubten, oder doch für unanständig zu achtenden Geschlechtsumgange Kinder erzeugen werde, bewirkt allein schon, daß eine solche Einsetzung für unzulässig gehalten werden muß [76]). Es kommt aber noch hinzu, daß fast allenthalben, wo von Einsetzung der eignen Postumen die Rede ist, auch einer ehelichen Verbindung der Eltern, — einer gegenwärtig schon bestehenden oder künftigen, — erwähnt wird [77]). Aus dem letzteren Grunde wird denn auch die testamentarische Berücksichtigung künftiger Concubinenkinder schon nach dem Röm. Rechte für unstatthaft zu halten seyn; jetzt ist ohnehin jede Geschlechtsverbindung eine unerlaubte, welche nicht als Ehe bestehen kann.

In der Möglichkeit nun, nachgeborne Kinder in Testamenten zu berücksichtigen, liegt eine zwiefache Abweichung von dem alten Rechte. Einmal darin, daß einem werdenden Menschen gleich einem bereits gebornen, die testamentarische Erbfähigkeit zugestanden wurde, sodann aber, daß der Postumus zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht einmal concipirt zu seyn brauchte. Die

76) Man kann auch hier mit Paulus in L. 9. §. 1. D. *de lib. et post.* sagen: „quod turpis sit institutio.“ Rechtsgeschäfte in Beziehung auf eine Geschlechtsverbindung, welche nicht gerade strafbar war, sondern nur unanständig (wie die mit einer meretrix publica) galten doch immer aus dem Grunde nicht, weil sie, wie die Verbindung selbst, mit den Regeln des Anstandes stritten (L. 21. §. 11. D. *de receptis.* IV. 8. L. 11. §. 12. D. *mandati.* XVII. 1.); denn „non omne quod licet, honestum est. L. 144. pr. D. *de regul. jur.* J. Gothofredus ad h. l. opusc. ed. Traotz p. 1005 sq.

77) L. 4. 5. 9. L. 28. §. 3. D. *de lib. et postum.* — Vgl. Bd. 36. d. Comment. S. 286 fgg. (Nr. 1.).

erste Abweichung erhielt eine rechtliche Grundlage durch den Satz: conceptus quodammodo in rerum natura esse videtur, — auch der erst werdende Mensch gilt in vermögensrechtlicher Beziehung für rechtsfähig, wenngleich diese Rechtsfähigkeit nur eine bedingte ist, d. h. ihre rechte Bedeutung und Geltung erst durch die wirkliche Existenz des Menschen erhalten kann. Die zweite aber enthält auch eine Verletzung des Prinzips, daß testamentarische Erbfähigkeit schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden seyn muß (S. den §. 1437. S. 120 fgg.). Zur Zeit der juristischen Classiker nun beschränkte sich die civilrechtliche Erbfähigkeit der Postumen auf postumi sui, und es mußte die Eigenschaft, welche ohne Berücksichtigung des Postumus eine Ruption des Testaments befürchten ließ, mithin die Bedingung der Einsetzung genau und bestimmt ausgedrückt werden [78]). Daß man dies überhaupt zuließ, hieng mit dem Grunde zusammen, welcher das Aufkommen des Rechts, noch nicht Geborne einsetzen zu dürfen, veranlaßte: sollte der Zweck, Ruption eines Testaments durch Postumen zu verhüten, vollständig erreicht werden, so mußte man auch die Einsetzung noch nicht concipirter Postumen gestatten [78a]). Wie stand es in dieser Hinsicht

78) Vgl. oben S. 155 fg. dieses Bandes, wo bemerkt ist, daß die Einsetzung eines überall noch nicht existirenden Postumen nichts Anderes sei, als die Einsetzung eines zur Zeit noch gar nicht erbfähigen Subjects, unter der Bedingung, wenn dasselbe künftig erbfähig seyn und zu dem Erblasser in dem Verhältnisse eines suus stehen würde.

78a) A. Faber behauptet, daß auch selbst ein postumus suus schon zur Zeit der Testamentserrichtung hätte concipirt seyn müssen (conject. Lib. IX. L. 1.). Indessen läßt sich dies schon durch die Aquilische Formel widerlegen, wonach nur darauf zu sehen ist, daß der Postumus des Sohns in-

aber mit den postumi alieni? Nach prätorischem Rechte war deren Einsetzung wirksam; aber nur für solche postumi alieni, welche durch contra tabulas B. P. oder inofficiosi querela das Testament anfechten konnten, trat ein gleicher Grund ein, wie für die sui, ihre Einsetzung in einem eben so weitem Umfange zuzulassen, und, was die ersteren anbetrifft, so darf man ganz unbedenklich annehmen, daß sie eben so wie die postumi sui unter der Bedingung ihrer künftigen Existenz eingesetzt werden durften, da der Prätor seine Notherben durch die Fiction, es bestehe das väterliche Gewaltsverhältniß, den suis wesentlich gleichstellt [79]). In Ansehung der übrigen Postumen nun könnte man geneigt seyn zu glauben, daß nur die zur Zeit der Testamentserrichtung concipirten einsetzungsfähig waren, da Abweichungen vom gemeinen Rechte nur insoweit anzunehmen sind, als ihre Anerkennung sich mit Sicherheit nachweisen läßt, der Grundsatz aber: conceptus in rerum natura esse videtur gerade darauf führt, die noch nicht einmal Concipirten für unfähig zu erklären [80]). Indessen eine solche Be-

nerhalb des legitimum tempus geboren sei. L. 29. pr. D. *de lib. et postum.* Noch bestimmter aber ergiebt sich dies aus den Stellen, welche die Einsetzung eines mit der künftigen Gattin zu erzeugenden Kindes zulassen. L. 4. u. 5. D. *eod.* Vgl. auch *Jos.* Finestres diatr. de postumis hered. inst. vel exheredandis. Cap. II. §. 9. (Praelect. Cervarienses p. 179.).

79) L. 6. §. 1. D. *de Bon. poss.* (XXXVII. 1.). Vergl. L. 4. §. 2. D. *de B. p. c. tab.* (XXXVII. 4.). — S. Bd. XXXVII. d. Comment. S. 52 fgg.

80) Es scheint dies auch die Meinung von Tilling zu seyn; Diss. II. p. 95—99.

schränkung würde das Recht selbst so gut wie aufheben, da eine sichere Anwendung desselben schon wegen der Schwierigkeit des Beweises in vielen Fällen kaum möglich wäre. Es würde sich auch mit dem Character des prätorischen Rechts, worauf doch die Giltigkeit der Einsetzung fremder Postumen allein beruhete, schlecht vertragen, wenn z. B. Jemand die Kinder seines Freundes, die gegenwärtigen und zukünftigen, eingesetzt hätte, und nur diejenigen ausgeschlossen werden sollten, welche zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht concipirt wären. Ein solches Resultat widerspricht ferner allen Grundsätzen über analoge Anwendung oder Erweiterung eines civilrechtlichen Instituts durch den Prätor, und überhaupt durch neuere Rechtsquellen. Wenn wir daher lesen, daß die Einsetzung fremder Postumen zwar nicht nach dem Civilrecht, wohl aber nach dem prätorischen möglich gewesen sei, ohne daß dabei einer Beschränkung gedacht wird, so dürfen wir gewiß annehmen, daß der Prätor dies Recht für **postumi alieni** so vollständig anerkannt habe, wie es für **sui** im Civilrecht galt [81]). Ob die **constitutio de incertis personis** hierüber eine Bestimmung enthalten habe? läßt sich aus Dem, was Justinian über den Inhalt derselben referirt, nicht mit Be-

81) Man könnte sich hiefür allenfalls auch noch auf die schon nach dem classischen Pandektenrechte statt findende Möglichkeit, den künftigen Coganten Vermächtnisse zuzuwenden (L. 32. §. 6. D. *de legat. II.*) berufen wollen. Indessen würden diese Argumente hier von sehr geringer Bedeutung seyn, da von ersten Vermächtnissen kein Schluß auf Erbeseinsetzungen, und wiederum, von den zum Besten verwandter Personen getroffenen testamentarischen Verfügungen kein sicherer Schluß auf solche Dispositionen gilt, welche ganz Fremde betreffen; (vgl. oben S. 362.).

ſtimmtheit erſehen; jedenfalls aber beſtätigt ſie eher das obige Reſultat, als daß ſich aus ihr etwas für das Gegentheil ergiebt. Doch es iſt Zeit, jetzt über dieſe Conſtitution ſelbſt etwas zu ſagen.

Dies wichtige Geſetz findet ſich in den Handſchriften des Juſtinianiſchen Rechts nicht, und erſt durch Contius iſt ein dürftiger Auszug als lex restituta in die Ausgaben des Conſtitutionen-Codex gekommen; Contius ſchaltet ſie hinter dem ſieben und vierzigſten Titel des ſechſten Buchs, als L. un. C. *de incertis personis* (VI. 48.) ein [82]). Es darf wohl kaum bezweifelt werden, daß ſie in griechiſcher Sprache abgefaßt war. Denn wenngleich die ſ. g. Paratitla des Pſeudo-Balſamon [83]) an zwei Stellen

82) Vergl. hierüber Strauch diss. de personis incertis Cap. I. Rau de personis incertis §. 8. p. 44 sq. *O. W.* Reitz u. a. zu Theophilus ad §. 27. I. *de legat.* p. 463. Note u. Beſonders aber K. Witte die leges restitutae des Juſtin. Codex (Bresl. 1830.) S. 71. u. S. 200 — 202.; auch Biener in der Zeitſchr. für geſchichtl. Rechtswiſſenſchaft (von Savigny u. A.) Bd. VII. S. 178 fg. u. S. 310 fg. — Die in den Ausgaben ſich findenden ſ. g. Reſtitutionen ſind übrigens weder einander gleich, noch überhaupt vollſtändig; d. h. es iſt noch bei keiner alles vorhandene Material benutzt, ſo dürftig dies an ſich auch iſt.

83) Es wird darunter die Sammlung eines unbekannten Urhebers verſtanden, welche meiſtens nur Auszüge aus Conſtitutionen enthält, die das kirchliche Recht betreffen, und die man mit Unrecht dem Theodorus Balſamon (dem Commentator des Nomocanon von Photius) zugeſchrieben hat. Nach den Paratitlen, welche den mehrſten Titeln hinzugefügt ſind, hat Leunclavius, der die Sammlung zuerſt (aber nur in einer lateiniſchen Ueberſetzung) herausgab

Stellen der Anfangsworte der Constitution lateinisch angeben, — das eine Mal durch incertis, das andere Mal durch certus [84]), — so sprechen doch für die griechische Sprache überwiegende Gründe. Zuvörderst das Zeugniß mehrerer Handschriften, daß die weggelassene Constitution in griechischer Sprache abgefaßt gewesen sei [85]), sodann der Umgab (Frf. 1593. 8.), das ganze Werk benannt. Das Nähere über diese Sammlung (griechisch zuerst edirt von *C. H.* Fabrotus und abgedr. in Voelli et Iustelli bibl. jur. can. Vol. II. p. 1217—1361.) findet sich in Fr. Aug. Biener Geschichte der Novellen Justinians, S. 179—194. und Witte a. a. O. S. 24—30.

84) Bei Voellus p. 1251. u. p. 1270. — Daraus, daß die Anfangsworte einer Constitution in den s. g. Paratitlen lateinisch angegeben sind, schließt man gewöhnlich auf die lateinische Sprache der Constitution selbst. So auch Biener Gesch. der Novellen S. 181 fg. Aus diesem Grunde hält denn auch Strauch diss. cit. Cap. I. §. 4. die Constitution als lateinische Sprache abgefaßt. Uebrigens behauptet Jo. Leunclavius in den notat. ad Libros Cod. Nr. LIII. (Otto thes. T. III. p. 1488.), daß nach den Paratitlen es zwei Constitutionen de incertis personis gegeben habe, deren eine sich mit *Si quando* angefangen habe. Die Ursache des dabei zu Grunde liegenden Irthums hat schon Strauch l. l. C. I. §. 3. nachgewiesen. Vgl. auch Witte a. a. O. S. 202. und Biener Zeitschr. für gesch. R. W. S. 311.

85) Cujacius in not. ad Instit. Tit. de legat. §. 27. (ed. Neapol. T. I. p. 134.) bemerkt zu den Worten: „*quum in nostro codice constitutio posita est.*“ Diese Constitution habe unter der Rubrik de incertis personis vor dem Tit. ad Senatusconsultum Trebell. gestanden, und in einer sehr alten Handschrift des Constitutionen-Codex finde er darunter bemerkt: „Iste titulus unam constitutionem habet Justiniani totam Grae-

stand, daß die Weglassung eines für das practische Recht so überaus wichtigen Gesetzes aus den Handschriften sich schwerlich erklären liesse, wäre es in lateinischer Sprache geschrieben [86]). Vollständig findet die Constitution sich nirgends, sondern wir kennen nur Auszüge und Relationen ihres Inhalts [87]), und zwar aus folgenden Werken: I. aus zwei Stellen der s. g. Paratitlen, so wie aus dem Nomocanon des Photius [88]). An beiden Orten finden sich lediglich Bestimmungen, welche die Erbfähigkeit der juristischen Personen, und namentlich der Kirchen und der damit verwandten Corporationen betreffen. Der Inhalt dieser Auszüge wird weiter unten (Nr. II.) näher zur Sprache kommen. II. Aus den Justinianischen Institutionen [89]), welche zwar auf den Gesammtinhalt der Constitution gehen, etwas Näheres aber nur, theils über die durch die Art der Bezeichnung entstehende Ungewißheit, theils über die Postumen enthalten. III. Aus einem

cam, quae tenet folia octo, i. e. quaternionem unum.“ S. auch die Note 1. zur L. un. C. *de incertis personis*, der Göttinger Ausg.

86) S. Witte a. a. O. S. 202., dem auch Biener a. a. O. S. 311. beitritt.

87) Daß sie von bedeutendem Umfange gewesen sei, geht schon aus der von Cujacius mitgetheilten Bemerkung in seiner Handschrift (s. die Note 85.) hervor. Ausserdem wird dies ausdrücklich von Photius in dem Nomocanon Tit. XII. c. 9. bezeugt. Die hieher gehörigen Worte sind bei Strauch l. l. §. 2. Witte a. a. O. S. 201. u. Schrader ad Inst. §. 27. 28. de legat. abgedruckt.

88) Mitgetheilt von *Ant.* Augustinus constitutionum graecarum Cod. Justin. collectio et interpretatio. Lib. VI. Tit. 48., opp. omn. (Luc. 1766.) p. 225 sq.

89) §. 25—28. I. *de legat.* Pr. Inst. *de bon. poss.*

Scholium zu den Basiliken [90]), welches zunächst mit der Vorschrift über die Postumen in Verbindung steht, und die Angabe enthält, daß der Kaiser die alte Streitfrage: ob dem Postumus einer Sclavin durch Testament die Freiheit zugewandt werden könne, bejahend entschieden habe [91]). — Für den hier zur Frage stehenden Punct kommen nur die in den Institutionen enthaltenen Relationen in Betracht. Sie sind oben bereits erwähnt; doch ist ihr Inhalt hier im Zusammenhange mit einigen noch nicht berührten Puncten, in der Kürze zu wiederholen.

Einer incerta persona, bemerkt der Kaiser, habe früher durch Testament nichts zugewendet werden können. Dies sei durch die Constitutio de incertis personis geändert: „Sed nec hujusmodi species *penitus* est sine justa emendatione relicta, quum in nostro codice constitutio posita est, per quam et huic parti medemur non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis et fideicommissis; quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo judicio debet quis pro tutela suae posteritati cavere“ [92]). — Das penitus scheint nun den Schluß zu rechtfertigen, daß die Aenderung des alten Rechts in Beziehung auf die postumi alieni nicht voll-

90) Schol. 9. (aus Theodorus) zu Lib. XLVIII. Tit. II. *de fideicommiss. lib.* (bei Fabrotus T. VI. p. 506 sq.). Vergleiche Biener Zeitschr. für gesch. R. W. a. a. O. S. 310. a. E.

91) Das Schol. enthält die Worte der Constitution selbst, wie ausdrücklich angegeben ist und auch aus der Fassung erhellt

92) §. 27. I. *de legat.*

ständig erfolgt sei; denn in der unmittelbar vorausgehenden Stelle war von dieser die Rede. Allein was sollte hier noch ungeändert geblieben seyn? Die Einsetzung der postumi alieni war schon längst nach prätorischem Rechte wirksam; Vermächtnisse in freier Form waren es (abgesehen von der die Freiheitsertheilung betreffenden Streitfrage) wahrscheinlich auch schon, oder wenn ja noch etwas zu ergänzen war, so ist dies durch die Constitution geschehen, indem diese auch die Vermächtnisse in alter Form (die legata) für giltig erklärte. Man könnte nun vielleicht hierbei an einen bei der Testamentserrichtung noch nicht concipirten Postumus denken, also annehmen, daß in dieser Beziehung das alte Recht ungeändert geblieben sei. Indessen müßte dann doch erst feststehen, daß früher auf den Unterschied zwischen einem concipirten und nicht concipirten Postumus überhaupt etwas angekommen sei; die Erklärung des Kaisers, er habe das frühere Recht nicht gänzlich ungeändert gelassen, beweist dafür gewiß nichts. Ueberhaupt ist die ganze Relation über das Testamentsrecht der incertae personae so verworren, daß man auf eine unbestimmte Aeusserung, wie die hier zur Frage stehende, gar kein besonderes Gewicht legen darf[93]). Der Zusammenhang aber, welcher sich entdecken läßt, führt geradeswegs auf das hier vertheidigte Resultat. — Zuerst wird die alte Rechtsregel angeführt und der über incerta persona gegebene Begriff (quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat) durch die Beispiele erläutert: quicumque filio meo in matrimonium filiam

93) Theophilus drückt sich hier so aus, als ob die Constitution die alte Rechtsregel durchaus und vollständig aufgehoben habe (ad §. 27. cit.), was freilich ebenfalls nicht zu billigen ist. Schrader in not. ad Inst. h. l.

suam dederit, und: qui post testamentum scriptum primi consules designati erunt, ohne daß ſich hierüber, ſo wie über einige andere hierbei noch erwähnte Fälle [94]) eine Entſcheidung findet. Hiernächſt bemerkt der Kaiſer, daß ſchon nach dem älteren Rechte einer ungewiſſen Perſon sub certa demonstratione (z. B. ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei heres meus illam rem dato) habe ein Legat zugewendet werden können, und die einer incerta persona zugewendeten Legate nicht hätten zurückgefordert werden dürfen, kommt ſodann (§. 26.), auf die frühere Ungiltigkeit der für einen postumus alienus angeordneten Vermächtniſſe, und nunmehr folgt die Beſtimmung (§. 27.): sed nec hujusmodi species penitus est sine emendatione relicta, wobei denn die Ernennung eines tutor incertus ausgenommen und endlich (§. 28.) noch angeführt wird, daß ein alienus postumus ſowohl nach altem (dem prätoriſchen) Rechte, als nach den neuerem zum Erben ernannt werden könne, nisi in utero ejus sit, quae jure nostro uxor esse non potest. Die erſte Ausnahme kann natürlich auf den Poſtumus überall nicht gehen, ſondern ſpricht nur die Nothwendigkeit einer individuellen Bezeichnung oder Namhaftmachung des teſtamentariſchen Tutor aus; die zweite dagegen geht ausſchließlich auf den Poſtumus, wenn auch nicht allein auf den postumus alienus (S. oben S. 391.) — Wir ſehen hieraus, daß Juſtinian den Begriff von in-

94) §. 25. I. *de legat.* — „et denique multae aliae hujusmodi species sunt. Libertas quoque non videbatur posse incertae personae dari, quia placebat nominatim servos liberari; tutor quoque certus dari debebat.“

certa persona so auffaßt, daß er darunter ein Subject verſteht, deſſen individuelle Beſtimmtheit von einem künftigen und noch ungewiſſen Ereigniß abhängt, — ſo daß alſo der Begriff eben ſowohl die Poſtumen, wie die Ungewißheit umfaßt, welche lediglich in der Art der Anordnung ihren Grund hat. In beiden Beziehungen ſoll die Regel aufgehoben ſeyn, die beiden erwähnten Fälle abgerechnet. Daraus folgt denn von ſelbſt, daß der Umſtand, ob das bezeichnete Subject ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung exiſtire oder nicht, für die Giltigkeit der Verfügung vollkommen gleichgültig iſt.

Eine andere Frage aber iſt die: ob die Einſetzung eines Poſtumus gelten könne, der beim Tode des Erblaſſers noch nicht einmal concipirt iſt? — Nach meiner Ueberzeugung iſt die Frage zu verneinen, wenigſtens wenn von unmittelbarer Beerbung des Erblaſſers die Rede iſt. Das Zwölftafelgeſetz rief, nach dem Bericht der Röm. Juriſten, nur Den zur Erbfolge, welcher bereits beim Tode des Erblaſſers lebte [95]). Wer auch nur concipirt iſt (ſagte man nun), iſt ſchon ein exiſtirendes Weſen [96]), wer aber beim Tode eines Menſchen noch nicht einmal concipirt iſt, kann denſelben auch nicht als Verwandter beerben [97]), denn er iſt nie deſſen Verwandter gewe-

95) Daß ſich ſchwerlich eine unmittelbare Vorſchrift hierüber in dem Zwölftafelgeſetz befand, wurde oben (S. 365.) bereits ausgeführt.

96) L. 26. D. *de statu hom.* L. 7. D. *de suis et legit.* (XXXVIII. 16.).

97) L. 6. D. *de suis et legitim.* (*Julianus*) — „qui post mortem avi sui concipitur, is *neque legitimam hereditatem ejus tamquam suus heres*, ne-

ſen[98]); ſo oft hierauf die Rede kommt, wird dieſe Grundbedingung des geſetzlichen Erbrechts nachdrücklichſt eingeſchärft[99]). Derſelbe Grundſatz wird aber auch für die

que bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest.“

98) „quia nullo jure cognationis patris sui patrem tetigit“ heißt es noch in den Inſtitutionen (§. 8. I. *de heredit. quae ab intestato defer.*) in Beziehung auf das Succeſſionsrecht eines erſt nach dem Tode des Grosvaters erzeugten Enkels. Und nur etwas anders drückt dieſen Gedanken Julianus aus, wenn er ſagt: „Nam quod in consuetudine nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, *non proprie*, sed per abusionem — — — accidit;“ L. 8. pr. D. *de suis et legit.*

99) S. L. 6. pr. in f. D. *de inj. rupto irr. f. test.* (XXVIII. 3.). — „Sed haec ita, si mortis avi tempore in utero nepos fuit; caeterum si postea conceptus est, Marcellus scribit, neque ut suum, neque ut nepotem *aut cognatum* ad hereditatem vel ad bonorum possessionem posse admitti.“ — Ferner L. ult. D. *de ventre in possession. mitt.* (XXXVII. 9.). „Postumus natus quocunque tempore, *qui tamen testatoris morte conceptus jam erit*, potest agnoscere bonorum possessionem“ —.— Gegen die Giltigkeit dieſes Erforderniſſes im Juſtinianiſchen Rechte erklären ſich manche Juriſten. So *J.* Voet comment. ad Pand. T. II. Lib. XXXVIII. Tit. 16. §. 6., aus dem Grunde, daß der Kaiſer in der Novelle 118. zwiſchen concipirten und nicht concipirten Kindern nicht unterſchieden habe. Allein die Novelle beſtimmt ja überhaupt nichts über die allgemeine Rechtsfähigkeit der zur Succeſſion berufenen Subjecte, worüber vielmehr allgemeine Grundſätze entſcheiden müſſen. Noch weniger zutreffend iſt das Argument von Grieſinger (Geſchichte und neue Theorie

teſtamentariſche Erbfolge anerkannt. So heißt es in der L. 3. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.): „Verum est, omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse.“ Paulus erklärt hier, daß jeder Poſtumus (alſo auch der alienus) giltig zum Erben eingeſetzt werden könne, nur müſſe er bereits beim Leben des Erblaſſers concipirt ſeyn [100]). Auch läßt ſich aus der Einſetzungsformel des Gallus Aquilius darthun, daß ſelbſt die Einſetzung der sui postumi nicht anders gelten ſollte, als wenn der Nachgeborne ſchon beim Leben des Erblaſſers concipirt war: „Si filius meus vivo me morietur, tunc, si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam in decem men-

der Suität. Stuttgardt 1807. §. 70. S. 293. Note k.), welchem auch Glück (Inteſtaterbfolge §. 153. S. 584 fg. d. 2. Aufl.) gefolgt iſt, daß Juſtinian die Inteſtäterbſchaft nicht nach dem Prinzip der väterlichen Gewalt, ſondern der Cognation und Blutsverwandtſchaft angeordnet habe. Hiernach ordnete ja aber auch ſchon der Prätor ſein Succeſſionsſyſtem an, und gerade in Beziehung auf das prätoriſche Recht wird ſehr beſtimmt der obige Grundſatz ausgeſprochen, in in der L. ult D. *de ventre in poss. mitt.* Es kann alſo nicht füglich bezweifelt werden, daß Juſtinian die Regel des alten Rechts: wer überall nicht exiſtirt, kann auch keine Cognatenrechte haben, durch die Beſtimmung ſeiner Novelle 118. gar nicht einmal berührt habe. Für die Geltung der Regel auch im neueren Rechte erklären ſich unter Anderen: Vinnius ad §. 8. I. *de success. quae ab intest. defer.* Thibaut Pand. Recht §. 856. d. 8. Ausg. Schweppe das Röm. Privatrecht in ſeiner heut. Anwendung §. 827. Note 6. (d. neueſten Ausg.).

100) S. Cujacius ad Paulli lib. 41. ad edict. ed. Neapol. T. V. p. 623.

sibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto“ [1]). Hier wird also angenommen, daß der Sohn vor dem Erblasser starb, mithin der Enkel des Letzteren schon concipirt sei, und bei aller Ausdehnung, welche die Einsetzung der Postumen erhielte, wird man doch keine einzige Stelle nachweisen können, nach welcher die Einsetzung solcher Postumen, die erst nach dem Tode des Erblassers concipirt wurden, für zulässig gehalten werden könnte. So beweisen ferner die Anwendungen der Aquilischen Formel auf Urenkel, mit welcher Genauigkeit man dafür sorgte, daß der Ausdruck nicht misverstanden und auch auf solche Nachgeborne bezogen werden könne, welche erst nach des Erblassers Ableben erzeugt waren [2]). Genug, so wie man in Beziehung auf Intestaterbfolge sagte: der noch nicht einmal Concipirte kann nicht erben, weil er dem Erblasser überall nicht verwandt geworden ist, so hielte man hier unmittelbar an den Grundsatz fest: Wer Jemanden beerben will, muß ihn überlebt haben. Für ein lebendes Wesen gilt zwar in dieser Hinsicht auch schon das Kind im Mutterleibe, jedoch nicht jedes Individuum, dessen Existenz vielleicht künftig einmal möglich ist.

Justinians Constitution de incertis personis kann nun auf dies Resultat durchaus keinen Einfluß haben.

1) L. 29. pr. D. *de lib. et postum.*

2) L. 29. §. 2. 3. eod. — Die Gründe dafür, weshalb man nach der Absicht der Röm. Juristen sich hier möglichst an die Formeln halten und nicht daran denken dürfe, daß z. B. die Einsetzung: wenn mir nach meinem Tode noch ein Descendent geboren werden sollte, in unbedingter Allgemeinheit für giltig gehalten worden sei, finden sich Bd. 36. d. Comment. S. 196 fg.

Denn schon zur Zeit der Abfassung der Institutionen und Pandekten existirte jene Constitution (wie deren mehrmalige Erwähnung in der ersteren Rechtsquelle ergiebt), und dennoch ist das Erforderniß der bereits erfolgten Conception des künftigen Erben bei des Erblassers Tode als feststehende Regel in die Compilation aufgenommen. Gesetzt aber auch, wir kennten die nämlichen Aeusserungen über Einsetzungsfähigkeit ungewisser Personen erst aus einer späteren Rechtsquelle, oder es stände fest, daß die constitutio de incertis personis erst nach den Institutionen und Digesten Justinians erlassen worden sei, so würden wir dennoch auf kein anderes Resultat kommen können. Nicht etwa, weil der Ausdruck incerta persona, folglich auch die Aufhebung der alten Rechtsregel erst nach dem Tode des Testirers nicht auch auf die erst Conzipirten möglicherweise bezogen werden könne, sondern weil für alle bisherigen Ausnahmen von der Regel (soweit sie sich auf Universalsuccession bezogen) das doch ausgemacht war, daß Niemand erben könne, welcher beim Leben des Testirers nicht einmal als Embryo existirte. Wenn der Kaiser also die Regel aufhob, so ist doch dadurch nur der Kreis der bisherigen Ausnahmen erweitert; m. a. W. durch Aufstellung einer entgegengesetzten Regel ist die Grundbedingung, wovon die früheren Ausnahmen abhiengen, noch nicht vernichtet.

Indessen dürfen zwei Fälle nicht übergangen werden, welche Ausnahmen von jener Grundbedingung (Nothwendigkeit der Existenz des Erben, wenigstens als Embryo, beim Tode des Erblassers) zu enthalten scheinen. Der eine wird in dem elften Buche der Responsen des Paulus erwähnt, und lautet wie folgt: „Paulus respondit, nepotem etiam post mortem avi conceptum,

superstitem liberto, bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti petere posse, et ad hereditatem legitimam ejus admitti; responsum enim Juliani tantum ad hereditatem legitimam (sc. *avi*) item bonorum possessionem avi petendam pertinere“ [3]). Unter dem Responsum von Paulus ist hier die, bei Gelegenheit eines Rechtsfalls von demselben gegebene und auch allgemein als eine Rechtswahrheit anerkannte Erklärung gemeint: „qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem ejus tanquam suus heres, neque bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest“ [4]). Dieser Rechtssatz nun (sagt Paulus) leidet auf den Fall keine Anwendung, wenn der Enkel, welcher auf die Verlassenschaft des grosväterlichen Freigelassenen Anspruch macht, auch erst nach des Grosvaters Tode concipirt seyn sollte. Daß dies von Manchen bezweifelt werden mochte, oder doch Gegenstand rechtlicher Erörterungen wurde, ersehen wir aus unserer Stelle. Allein nach anerkannten Rechtsprinzipien mußte Paulus so respondiren, wie von ihm' geschah', da das Gesetz die (von keinem Näheren ausgeschlossenen) Descendenten des Manumissor, wenn dieser selbst nicht mehr existirt, zur Erbschaft des Freigelassenen ruft [5]),

3) L. 47. §. 3. D. *de bonis libertorum* (XXXVIII. 2.).

4) L. 6. D. *de suis et legitim. heredib.* (XXXVIII. 2.). — S. *A.* Schulting not. ad Dig. (Tom. VI. p. 102.).

5) Nach der Angabe des Theophilus in der griech. Paraphrase der Justin. Institutionen, Tit. *de legitima patronor. tutela*, fand sich hierüber eine ausdrückliche Bestimmung in dem Zwölftafelgesetz, und Th. referirt sogar die Worte des Gesetzes selbst. S. übrigens Dirksen

und dies Erbrecht nicht einmal ſchlechthin davon abhieng, daß man Erbe ſeines Aſcendenten geworden ſei [6]). Folglich kam es hierbei nur auf Exiſtenz des patronatiſchen Deſcendenten bei des Freigelaſſenen Tode, nicht bei dem des Patrons ſelbſt an, ſo daß eine Abweichung von dem Grundſatz: wer erben will, muß wenigſtens ſchon bei des Erblaſſers Tode ein exiſtirendes Weſen ſeyn, hier überall nicht vorhanden iſt [7]).

Eine andere Ausnahme finden Manche darin, daß die Stiftung von Familien-Fideicommiſſen zugelaſſen wurde, und zwar, wie ganz auſſer Zweifel iſt, ohne die Beſchränkung, daß nur die bereits beim Tode des Stifters concipirten Familienglieder ſucceſſionsfähig ſeien [8]). Allein

Ueberſicht der bisher. Verſuche zur Kritik und Herſtellung der Zwölftafel-Fragmente. S. 382—388.

6) Ausſchlieſſen konnte der Patron zwar einen Deſcendenten von der Beerbung des Freigelaſſenen, ja dieſe Ausſchlieſſung verſtand ſich in der Regel von ſelbſt, wenn der Deſcendent enterbt wurde; doch mußte es eine exheredatio notae causa (alſo nicht eine bloße exh. bona mente) ſeyn, und auch in jenem Falle konnte dem ausgeſchloſſenen Deſcendenten noch das patronatiſche Erbrecht vorbehalten werden (L. 40. L. 47. pr. D. *de bonis libertor.* Vgl. L. 1. §. 5. L. 3. pr. u. §. 1. D. *de assignand. libertis.* XXXVIII. 4.).

7) Vgl. *A.* Schulting ad *Ulpiani* Fragm. Tit. XXVI. §. 3. Note 17. p. 666 sq. u. *R. J.* Pothier Pandectae Justin. ad Tit. de bonis libertor. Nr. XIV. Not. d. p. 615.

8) Arg. L. 32. §. 6. in f. D. *de leg. II.* L. 77. §. 27. *eod.* Für eine wahre Ausnahme von der obigen Regel hält dies auch *Jos. Ferd. de* Retes de fideicommissis perpetuo familiae relictis, C. I. §. 4. (bei Meerman thes. T. VII. p. 626.).

mit eben so wenig Grund. Die Rechtsregel, daß nur ein beim Tode des Erblassers wenigstens als Embryo existirendes Wesen zur Erbfolge gelassen wird, wird nämlich durchgängig nur auf solche Fälle bezogen, wo der Nachfolger unmittelbar in die Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen eintreten soll. Und hierauf muß man auch die Anwendung einschränken. Zwar konnte früher einem Postumus nicht einmal ein Vermächtniß zugewandt werden; indessen wird dies ja zunächst daraus abgeleitet, daß eine incerta persona — ein Wesen, dessen Existenz noch ungewiß ist — nicht successionsfähig sei. Und wenn auch physische Existenz (wenigstens als Embryo) die Grundbedingung jedes Rechtserwerbs war, so folgte doch daraus keineswegs, daß Jeder, welcher aus dem Nachlasse eines Verstorbenen etwas erhalten wollte, schon beim Leben desselben existirt haben müsse. Finden wir nun dennoch diese Nothwendigkeit in Beziehung auf eigentliche Beerbung ausgesprochen, so kann der Grund hievon nur darin liegen, daß der Erbe den Verstorbenen in seinen vermögensrechtlichen Verhältnissen fortsetzt, oder repräsentirt, mithin schon die Rücksicht auf rechtliche Ordnung es erfordert, daß, wenn jener aus dem Leben scheidet, Derjenige, welcher in seine vermögensrechtliche Persönlichkeit eintreten soll, wenigstens insoweit existire, um ihm einen rechtlichen Vertreter beiordnen zu können. So hat denn hier das Erforderniß der schon beim Tode des Erblassers vorhandenen Conception Zusammenhang und Bedeutung; in Ansehung der nur mittelbaren Succession dagegen würde es als etwas durchaus Willkührliches und Zweckloses erscheinen. Ist überhaupt ein unmittelbarer Erbe vorhanden, so hat das Gesammtvermögen einen Repräsentanten, bei welchem Das bleibt, was die Vermächtniß-

nehmer nicht erhalten können, und so lange bleibt, bis sie es erhalten können. Eine Lücke tritt folglich hier nicht ein, wie lange auch die Realisirung eines Vermächtnisses dauern, und wie ungewiß es überhaupt seyn möge, ob es je ins Leben treten werde. Hieraus erklärt es sich denn, weshalb nur die Ausnahmen von der Regel über Successionsunfähigkeit ungewisser Personen, welche die Universalsuccession betreffen, noch der Einschränkung unterworfen werden, daß der Nachfolger bereits beim Leben des Testirers concipirt seyn müsse.

Für unmittelbare Erbfolge, die testamentarische wie die gesetzliche, ist also auch im Justinianischen Rechte die Regel geltend: wer beim Tode des Erblassers noch nicht concipirt ist, kann dessen Erbe nicht seyn; denn durch die constitutio de incertis personis kann sie nicht aufgehoben seyn, da sie neben derselben noch anerkannt wird [9]). Geläugnet darf freilich nicht werden, daß

9) Ein anderes Argument gegen die Giltigkeit der Regel im Justinianischen Rechte, als die Berufung auf die Constitution de incertis personis, kenne ich eigentlich nicht. S. C. G. Elvers theoret. pract. Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit, insbesondere juristischer Personen. (Auf Veranlassung des Städelschen Beerbungsstreits geschrieben). Gött. 1827. S. 104 fg. Wenck Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls (Leipz. 1828.) §. 4. S. 31. Und auch dieser Schriftsteller scheint (nach S. 30.) hierbei noch gewisse Beschränkungen eintreten zu lassen, indem er sagt: „Ich gebe auch zu, daß bei der testamentarischen Erbfolge, um wirklich Erbe zu werden, die Existenz nöthig ist, und überhaupt gewisse Gränzen, die sich aber nicht durch allgemeine Regeln, sondern nur durch das *arbitrium judicis* bestimmen lassen, die Willkühr der Testatoren, inso-

sich hier zunächst Alles an ein bloßes Dogma knüpft: Wer noch nicht concipirt ist, kann nicht als rechtsfähiges Wesen angesehen werden, und darum muß ein unmittelbarer Erbe bei des Erblassers Tode wenigstens concipirt seyn. Allein es sprechen doch auch innere Gründe da-

weit sie Lächerlichkeiten herbeiführen, und den Nachlaß für eine zu lange Zeit der Disposition entziehen würde, einschränken müsse." — Auf eine eigentliche Erörterung der Frage hatte es Wenck freilich nicht abgesehen, und überhaupt finde ich diese nirgends, so sehr ich auch darnach gesucht habe, so daß ich geneigt bin zu glauben, daß man lediglich durch vorkommende Fälle aufmerksam auf dieselbe wurde, und das Wenige, was sich darüber gedruckt findet (abgesehen von der compendiarischen Erwähnung des Rechtssatzes selbst, die wir freilich fast allenthalben antreffen), sich in die gedruckten Rechtsfälle und rechtlichen Deductionen verloren hat. Ein solcher Fall findet sich auch in Mart. Wilh. Götz rechtliche Entscheidungen der Altdorfer Juristen-Facultät (Nürnb. 1808.) Nr. XV. S. 201—233. Ich habe dies Buch nicht erhalten können, die Art aber, wie Glück (Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge, zweite Aufl. §. 153. Nr. 4. S. 586. Note 41.) über die Entscheidung sich äussert, ergiebt deutlich, daß man hierbei ebenfalls auf die constitutio de incertis personis gefußt habe. Es heißt hier nämlich: „Auch bei der testamentarischen Erbfolge der Verwandten werden nach der Absicht des Testators solche Personen, welche zur Zeit seines Todes noch nicht erzeugt waren, wenn sie auch gleich nicht Descendenten von ihm, sondern die eingesetzten Descendenten eines Seitenverwandten sind, um so unbedenklicher zugelassen, je weniger im neuern Rechte die Einsetzung ungewisser Personen und der postumi alieni einigem Zweifel unterworfen ist, wie bei Gelegenheit eines merkwürdigen Rechtsfalles in — Götz rechtl. Entscheid. — — — ausgeführt worden ist."

für [10]). Denn irgend eine bestimmte Gränze muß doch angenommen werden, indem es sonst Jahrhunderte hindurch ungewiß bleiben könnte, ob Jemand überhaupt einen Erben haben, und Wer dies seyn werde [11])! Im Römischen Rechte nun ist eben die Todeszeit des Erblassers hier als Gränze angenommen, und wie streng daran noch zu Justinians Zeit festgehalten wurde, beweist die Anwendung, welche davon auf folgenden die gesetzliche Erbfolge betreffenden Fall gemacht wird: Jemand enterbt seinen Sohn auf rechtsgiltige Art, und setzt einen extraneus zum Erben ein. Nach dem Tode des Erblassers erzeugt der enterbte Sohn ein Kind und stirbt, ehe der eingesetzte Erbe sich über die Annahme erklärt hat. Dieser schlägt die Erbschaft aus, so daß Intestaterbfolge eintritt, der Enkel wird jedoch ganz ausgeschlossen, weil er beim Tode seines Grosvaters noch nicht concipirt war [12]). Aller-

10) Es wird dies selbst von Wenck a. a. O. anerkannt (siehe die vorige Note), welcher daher auch für Fälle dieser Art, durch das richterliche arbitrium die Willkühr der Testatoren beschränkt wissen will. Dagegen erklärt sich Friedr. August Northoff die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung (Götting. 1833.). S. 126.

11) Northoff a. a. S. sagt sehr wahr: „Wohin würde es führen, wenn der beim Tode noch nicht Gezeugte aus dem Testament erben könnte? Welchen Zeitpunkt der Zeugung sollte man alsdann annehmen?"

12) §. 8. I. *de successionib. quae ab int. defer.* — Die Meinung, daß hier ja nur von Begründung der Suität die Rede sei, läßt sich leicht durch die Schlußworte der Stelle widerlegen, welche so lauten: „Hi autem (nämlich der vorhin erwähnte Enkel und der von einem emanzipirten Sohne

Allerdings kann hier die Consequenz etwas zu weit getrieben scheinen; aber schwerlich läßt sich annehmen, daß man bei der testamentarischen Erbfolge, welche doch so häufig zum Vortheil fremder Personen angeordnet wird, weniger strenge Grundsätze befolgt habe. Auch hier giebt es unläugbar Fälle, wo die Consequenz eben so unbequem, die Zulassung der beim Tode des Erblassers noch nicht Concipirten eben so billig erscheint, wie in dem vorigen Falle. Man nehme z. B. an, daß Jemand die Kinder seines Freundes zu Erben einsetzt, die noch nicht Gebornen wie die Gebornen; nach des Erblassers Tode erzeugt der Freund noch Kinder, welche aber von denen ausgeschlossen werden, die zur Zeit des Anfalls der Erbschaft schon geboren oder wenigstens concipirt waren. Dies ist ganz gewiß gegen die Absicht des Erblassers, und von Verwirrungen, welche durch die Zulassung der später erst concipirten Kinder für das Rechtsverhältniß zu besorgen seien, kann hier kaum die Rede seyn. Aber wie soll es angefangen werden, das was Billigkeit und der Wille des Testirers erfordern, mit der rechtlichen Ordnung und Sicherheit zu vereinigen? Modifizirt der Gesetzgeber das strenge Prinzip, so hat er dabei ohne Zweifel einzelne Fälle vor Augen, wonach er die modifizirende Regel einrichtet, welche nun aber auf andere Fälle, wie das vielgestaltige Leben sie erzeugt und wobei eine gleiche Billigkeit eintritt, nicht passen wird. Daß, wie Wenck meint, dem richterlichen arbitrium die Sache anheim zu geben sei, ist jedenfalls sehr bedenklich. Zwar wird der Richter bei einzelnen Fällen nicht zweifelhaft seyn, daß

Sohne Adoptirte), cum non sunt quantum ad hereditatem liberi, *neque bonorum possessionem petere possunt quasi proximi cognati.*

unbeschadet der rechtlichen Ordnung und der in Ansehung der Person des Erben erforderlichen rechtlichen Gewißheit die Erbfolge eines beim Tode des Testirers noch nicht concipirten Erben zugelassen werden könne, so wie in Ansehung anderer, daß die Realisirung der letztwilligen Verfügung sich nicht füglich damit vertrage. Aber immer werden Fälle genug in der Mitte liegen, in welchen dies mit Sicherheit nicht zu bestimmen ist, und zwar aus demselben Grunde, weshalb auch dem Gesetzgeber es schwerlich gelingen wird, ein sicheres Prinzip aufzustellen, wodurch das Erforderniß der Conception zur Zeit des Todes nur modifizirt wird [13]). Es kommt aber noch hinzu, daß dem Testirer ein sehr einfaches Mittel gegeben ist, seine Absicht zu erreichen, ohne im mindesten gegen den gesetzlichen Grundsatz zu verstoßen, — wenn er nämlich die bei seinem Tode noch nicht Concipirten als Fideicommißerben einsetzt. Möglich ist es, daß er, der Rechte unkundig oder schlecht berathen, hierauf nicht verfällt. Dies aber ist nicht die Schuld des positiven Rechts, eben so wenig, als wenn ein Testament wegen eines Form-Mangels nicht zu Recht bestehen kann.

Indessen soll der Vollständigkeit wegen hier noch untersucht werden, ob nicht die Einsetzung aller und jeder Nachgebornen, trotz mancher practischen Inconvenienzen, sich auf einem anderen Wege rechtfertigen lasse? — Es wurde oben ausgeführt, daß man einen Unfähigen auf den Fall, daß er fähig werden würde, wirksam zum Erben einsetzen könne [14]). Dies scheint nun um so eher auf die Postumen angewandt werden zu können, als die Bestimmung

13) Auch hierbei ist wieder Northoff a. a. O. S. 120. zu vergleichen.

14) S. 145 — 158.

der L. 62. pr. D. h. t. („in tempus capiendae hereditatis institui heredem posse benevolentiae est") hier in einem ihrer ursprünglichen Bedeutung durchaus analogen Sinne (für jus capiendi, d. i. Erwerbsfähigkeit) verstanden werden darf. Nämlich die Einsetzung noch nicht concipirter Postumen ist möglich; ob sie aber die Erbschaft erwerben können, hängt von ihrer Existenz, wenigstens als Embryonen, beim Tode des Testirers ab. — Läßt man nun die Einsetzung der Postumen unter der Bedingung ihrer künftigen Existenz überhaupt zu, so wird der favor ultimarum voluntatum auch leicht über das Erforderniß der ausdrücklichen Erklärung dieser Bedingung hinausführen, ja es ist kaum möglich, die Disposition: ich setze die Kinder des Titius, die gegenwärtigen wie die künftigen, zu meinen Erben ein, anders als so zu erklären: sollte der Titius künftig noch Kinder erzeugen (also unter der Bedingung, daß er welche erzeugen werde), so setze ich dieselben hiedurch zu meinen Erben ein. Allein schon darum wird man die Anwendbarkeit der Regel, daß ein zur Zeit Unfähiger unter der Bedingung künftiger Fähigkeit eingesetzt werden dürfe, hier verwerfen müssen, indem sonst der Grundsatz: Wer nicht beim Tode des Erblassers existire, könne denselben auch nicht unmittelbar beerben, seine Bedeutung ganz verlieren, mithin rechtlich gar nicht vorhanden seyn würde. Man wende dagegen nicht ein, daß dies ja auch von jedem anderen Grunde der Erb- oder Erwerbs-Unfähigkeit gelte. Hier darf der Ausdruck der Bedingung künftiger Fähigkeit nicht als überflüssige Formalität betrachtet werden; er gewährt vielmehr erst die sichere Ueberzeugung, daß es an der festen Willensbestimmung (dem certum consilium) nicht fehle, deren Daseyn aus der Disposi-

tion selbst erhellen muß. Wenn ein Römer einen peregrinus ohne nähere Erklärung zum Erben einsetzte, so darf zwar nicht gezweifelt werden, daß er denselben nicht gerade darum, weil er peregrinus war, eingesetzt habe; ist aber deshalb der stillschweigend oder sich von selbst verstehende Ausdruck der Bedingung: auf den Fall, daß er die Civität erlangt haben werde, in einer solchen Einsetzung enthalten? Schwerlich darf dies behauptet werden. Gesetzt nämlich, er befragte vorher einen Rechtsgelehrten, und dieser hätte ihm geantwortet: Peregrinen können einen Röm. Bürger nicht beerben; Du kannst indessen Deinen Freund auf den Fall, daß er civis werden würde, einsetzen. Dann aber bleibt bei Deinem Tode die Frage: wer Dein Erbe seyn werde? einstweilen in suspenso, und überhaupt hängt es von einem noch unbestimmbaren Ereignisse ab, ob Dein Testament wirksam seye, oder ob Intestaterbfolge eintreten werde. Ist es denn so ausgemacht, daß er sich dazu entschliessen, also den Ausgang seines Testaments von einer ungewissen Zukunft abhängig machen werde, oder glaubt man nicht, daß er sich jetzt erst die Sache recht ernstlich überlegen, und seine Absicht, die Intestaterbfolge auszuschliessen und sonst mancherlei Anordnungen zu treffen, die ein rechtsgiltiges Testament voraussetzen, auf einem anderen Wege zu erreichen suchen werde? — Oder (ein anderes Beispiel): Jemand will sein Vermögen einer Gesellschaft, oder irgend einer Einrichtung (z. B. einer Fabrikanstalt), welche aber nicht die Rechte einer juristischen Person hat, durch Erbeinsetzung zuwenden. Sein Rechtsfreund wird ihm sagen: dies gehe so geradezu nicht. Er müsse entweder eine fähige Person einsetzen, und dieser die Verwendung des Vermögens zu den von ihm beabsichtigten

Zwecken zur Pflicht machen, oder die Gesellschaft u. s. w. unter der Bedingung ihrer Constitution als juristische Person zum Erben ernennen. Dabei stehe es ihm dann frei, über die Art und Weise der Constitution, über die Einwirkung der Staatsregierung auf die Stiftung u. s. w. noch besondere Bestimmungen zu treffen; sonst werde dies Alles von der Anordnung der Regierung abhangen. Wer möchte wohl wagen zu behaupten, daß er hierauf nur antworten könne: dies Alles habe er im Voraus überlegt; er habe aber gedacht, es verstehe sich ganz von selbst, daß die Persönlichkeit des von ihm ernannten Erben auf eine den Gesetzen und den bestehenden Staatseinrichtungen gemäße Art bewirkt werde; irre er hierin, so wolle er dies als Bedingung ausdrücken, allein es auch dabei bewenden lassen, d. h. aller näheren Bestimmungen sich enthalten! Ich glaube, es wird kaum nöthig seyn zu bemerken, daß eine solche Behauptung von allem Grunde entblößt seyn würde. Möglich ist es allerdings, daß er so antwortet, aber hier ist die Rede davon, ob die Antwort schlechterdings nur so ausfallen könne? Und dies ist ausser allem Zweifel zu verneinen [15]). Wie ganz

15) In meiner rechtlichen Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles (Halle 1828.) S. 268. hatte ich gesagt: „Schon die Rücksicht auf völlige Bestimmtheit und Gewißheit des Willens, welche vor Allem bei letztwilligen Verfügungen zu beobachten ist, bringt es mit sich, daß man es nicht für gleichgiltig halten darf, ob die Bedingung der Fähigkeit ausgedrückt, oder ob schlechthin ein Unfähiger eingesetzt ist. Wenn der Testirer einen Unfähigen einsetzt, so ist die Frage: ob er ihn gerade zum Erben eingesetzt, und überhaupt, wie er gehandelt haben würde, wäre ihm dessen Unfähigkeit bekannt gewesen. Fügt er die Bedingung der Fähigkeit, oder im gegenwärtigen Falle,

anders aber verhält sich die Sache bei der Einsetzung noch nicht existirender Menschen. Wer diese zu Erben einsetzt, kann dies gar nicht anders, als unter der Voraussetzung ihrer künftigen Existenz verstanden haben wollen. Das Einzige, worauf er nicht schon von selbst verfallen könnte, wäre das Erforderniß, die künftige Existenz als Bedingung der Erbeinsetzung auszudrücken. Dies aber würde er höchst lächerlich finden, und gewiß ein Jeder mit ihm, und wir dürfen es den Römern nicht zutrauen, daß sie die Giltigkeit der Einsetzung von einer so durchaus nichtssagenden Form hätten abhängig machen wollen. Wenn wir daher lesen: auch Ungeborne dürfen zu Erben eingesetzt werden, allein sie müssen beim Tode des Testirers geboren oder doch concipirt seyn, so liegt hierin eine Einschränkung, welche völlig bedeutungslos seyn würde, wenn sie durch eine nichtssagende, oder sich ganz von

die der zu verhoffenden obrigkeitlichen Bestätigung u. dgl. m. hinzu, so kann über seine Willensmeinung kein Zweifel statt finden." Diesem stellt Wenck in seinem Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles (Leipzig 1828.) S. 35. den Satz entgegen: „Wenn der Testator eine noch nicht existirende Person einsetzt, so ist gar keine Frage, daß er dieses, wenn nur die Existenz überhaupt möglich ist, unter der Voraussetzung und in der Erwartung gethan habe, es werde diese Person künftig existiren." — In Beziehung auf die Einsetzung eines noch nicht gebornen Menschen gebe ich dies zu; ob aber die Bemerkung von Wenck sonst zutreffe, oder ob sie nicht vielmehr durch das oben im Text Gesagte widerlegt sei, darf ich jetzt wohl dem Urtheile unparteiischer Leser überlassen. Es ergiebt sich aber auch zugleich daraus, wie mislich es sei, hier von Einem auf das Andere, — namentlich von den Postumen auf juristische Personen, und umgekehrt, zu argumentiren!

ſelbſt verſtehende Bedingung ausgeſchloſſen werden könnte, und daher auch als jus speciale neben der im Allgemeinen möglichen Einſetzung Unfähiger unter der Bedingung der Fähigkeit, buchſtäblich zu verſtehen iſt.

II. Auch die Einſetzungsunfähigkeit juriſtiſcher Perſonen wird an die Regel geknüpft: **incerta persona heres institui non potest.** „Nec municipia (ſagt Ulpian), nec municipes heredes institui possunt, *quoniam incertum corpus est, et neque capere universi, neque pro herede gerere possunt*“ [16]). Alſo der Mangel individueller Perſönlichkeit iſt, nach Ulpians eigner Erklärung, der Grund dieſer Unfähigkeit: die feierliche Erbſchaftsantretung oder cretio konnte nicht durch Stellvertreter erfolgen, und da juriſtiſche Perſonen nur alsdann, wenn ſie aus einer einzelnen phyſiſchen beſtehen (wie z. B. der Kaiſer), dieſe Handlung in Perſon vornehmen können, ſo folgte hieraus von ſelbſt, wenigſtens die civilrechtliche Erbunfähigkeit derſelben [17]). Dem Erwerbe der Erbſchaft nach prätoriſchem Rechte ſtand dies freilich nicht entgegen [18]); doch darf man annehmen, daß

16) Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 5. — Vergl. Plinii epistolar. Lib. V. ep. 7. „Nec heredem institui, nec praecipere posse rempublicam constat.“ Wer nicht Erbe werden konnte, war natürlich auch nicht fähig ein Vermächtniß zu erhalten).

17) *J. G.* Heineccius de collegiis et corporib. opificum, Cap. I. §. 17. (opusculor. varior. Syll. Exercit. IX. p. 412.). H. E. Dirkſen über den Zuſtand der juriſtiſchen Perſonen nach Röm. Recht; in deſſen civiliſt. Abhandl. Bd. II. Abh. I. S. 129 fg. Elvers Erört. aus der Lehre von der teſtamentariſchen Erbfähigkeit juriſtiſcher Perſonen, S. 94.

18) L. 3. §. 7. D. *de Bon. poss.* (XXXVII. 1.). „Ac-

ein directer Erbſchaftserwerb für juriſtiſche Perſonen früher auch nach dem Rechte des Prätors nicht geſchehen konnte [19]). Zwar ſagt Ulpian in einer Digeſten-Stelle: „A municipibus, et societatibus, et decuriis, et corporibus, bonorum possessio agnosci potest; proinde, sive actor eorum nomine admittat (bonorum possessionem), sive quis alius, recte competet bonorum possessio“ [20]). Indeſſen darf man daraus nicht ſchließen, daß die Unfähigkeit der juriſtiſchen Perſonen bei der prätoriſchen Erbfolge nie Statt gefunden habe [21]). Vielmehr folgte dieſelbe ſchon aus einem anderen allgemeinen Rechtsprinzip, nämlich daraus, daß willenloſe Perſonen, zu denen auch die personarum universitates gehörten, früher überall nichts erwerben konnten, zu deſſen Erwerbe eine beſtimmte Willensäuſſerung, oder unmittelbares Bewußtſeyn des Erwerbenden nöthig war, namentlich alſo auch nicht Beſitz [22]). So ſpricht denn Ulpian nur eine zu ſeiner Zeit bereits anerkannte Modification aus, wenn er den personarum universitates die prätoriſche Erbfolge zugeſteht. Ganz beſtimmt ergiebt ſich dies aber aus einer anderen Stelle deſſelben Juriſten, wo von der den Municipien an dem Nachlaſſe ihrer Freigelaſſenen zugeſtandenen prätoriſchen Erbfolge die Rede iſt: „Sed an omnino petere bonorum pos-

quirere quis bonorum possessionem potest, vel per semetipsum, *vel per alium*.“

19) Dirkſen a. a. O. S. 130 fg.

20) L. 3. §. 4. D. *de Bon. poss.*

21) Dieſer Meinung iſt Elvers a. a. O. S. 97. a. E.

22) L. 30. §. 1. D. *de acq. vel am. poss.* (XLI. 2.). v. Savigny Recht des Beſitzes. §. 26. S. 367. Nr. 1. b. 6. A.

sessionem possint, dubitatur, movet enim, quod consentire non possunt; sed per alium possunt petita bonorum possessione ipsi acquirere. Sed qua ratione Senatus censuit, ut restitui iis ex Trebelliano hereditas possit, et qua ratione alio senatusconsulto, heredibus iis institutis, a liberto acquirere hereditatem permissum est, ita bonorum quoque possessionem petere dicendum est [23]). Hier iſt es alſo deutlich geſagt, daß die Zuläſſigkeit der bonorum possessio für Munizipien, wegen mangelnden Bewußtſeyns derſelben, bezweifelt worden ſei, daß man indeſſen angenommen habe, es könne hier eben ſo gut eine Stellvertretung Statt finden, wie bei der den Munizipien geſtatteten Erwerbung einer fideicommiſſariſchen Erbſchaft [24]). Aber die Regel beſtand zu jener Zeit noch: juriſtiſche Perſonen können als incertae personae, oder wegen mangelnder körperlicher Individualität nicht zu Erben eingeſetzt werden [25]).

Ein unmittelbarer geſetzlicher Erwerb, wobei es alſo eine Handlung des Erwerbers überall nicht bedurfte, war übrigens ſehr frühe ſchon möglich [26]), wenngleich das Recht

23) L. 1. §. 1. D. *de libertis universitatum.* (XXXVIII. 3.).

24) *Guil.* Marani paratitla Digestor. ad tit. de libert. universit. in p. m. 777. *A.* Schulting ad Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 5. Nota 9. Rau diss. de personis incertis heredib. instituendis §. 4.

25) *Fr. Car.* Conradi Diss. de Diis heredibus ex testamento apud Romanos (Lips. 1725. und in des Verf. scripta minora, ed. *Lud.* Pernice Nr. II.) ſucht die Erbunfähigkeit der Gottheiten auch noch aus politiſchen Gründen abzuleiten, ibid. §. 5. (opusc. p. 94.). Vgl. Rau l. l. p. 23 sq.

gewiſſer Gemeinheiten, ein ab intestato und ohne erbfähige Verwandten verſtorbenes Mitglied zu beerben begreiflicherweiſe immer nur als Singularität betrachtet werden konnte, alſo ohne beſondere Verleihung nicht Statt fand [27]). Aber auch in Anſehung des teſtamentariſchen Erbrechts hatte die ältere Regel bereits zur Zeit der juriſtiſchen Claſſiker große und mannigfaltige Modificationen erhalten. Erbeseinſetzungen des Volks, des Staats (oder der Staatskaſſe), waren ſchon in ſehr früher Zeit üblich, und ihre Giltigkeit ſcheint auch kaum bezweifelt worden zu ſeyn [28]). Den ſtädtiſchen Gemeinden wurde die Erbfähigkeit durch beſondere Senatusconſulte verliehen, und zwar zuerſt nur für beſtimmte Fälle. Folgen wir hier der Relation Ulpians [29]), ſo wurde zuerſt beſtimmt, daß eine Stadtgemeinde von ihren Freigelaſſenen eingeſetzt werden könne, ſodann wurde die fideicommiſſariſche Erbfähigkeit ihr unbedingt zugeſtanden. Nach der gewöhnlichen Lesart lautet die Stelle ſo: „Nec municipia — — — heredes institui possunt — — — —. Senatusconsulto tamen concessum est, ut a libertis suis heredes institui possint. Sed fideicommissa hereditas municipibus restitui potest: *denique hoc Senatusconsulto prospectum est.*“ Es iſt kein hinreichender Grund zu einer Aenderung der Lesart vorhan-

26) S. *A.* Gellius Noct. att. Lib. I. c. 12. in f. Dirkſen a. a. O. S. 116 fg. S. 130.

27) Dirkſen a. a. O. S. 99—101.

28) S. *A.* Gellius Noct. att. Lib. VI. Cap. 7. und die zahlreichen Fälle, welche *G. R.* Majansius disp. jur. l. l. §. 9. aus den Claſſikern referirt.

29) Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 5.

den, am wenigsten aber wohl zu billigen, wenn man Statt *denique* lesen will: *deque* [30]), was vermuthlich heissen soll: „und auch darüber ist in dem Senatusconsult eine Bestimmung enthalten.“ Eher noch läßt sich die Lesart *idque* [31]) vertheidigen; wenigstens verstößt sie nicht gegen lateinischen Rhytmus und regelmäßige Constructionsform, obgleich man auch hierbei *etiam* subintelligiren muß. Jedenfalls verdient die gewöhnliche, auch mit der Handschrift übereinstimmende, Lesart den Vorzug, indem das denique auch die Bedeutung von quinetiam haben kann [32]). Daß nun diese Bestimmungen in verschiedenen Senatusconsulten enthalten gewesen seien, sagt Ulpian freilich nicht, auch folgt dies keineswegs aus dieser Stelle, wohl aber aus der oben bereits angeführten Digesten-Stelle (L. 1. §. 1. D. *de libert. universitatum*), wo der Jurist ausdrücklich erklärt, es sei in einem Senatusconsulte, der fideicommissa hereditas

30) So liest die Ausgabe von Böcking.

31) So Cujacius in seiner Tom. I. edit. Neapol. abgedr. Ausg. (p. 332.). Was Schulting (in der Note 13. zu dieser Stelle) dagegen erinnert: „si legas *idque*, quo pertinebit illud *hoc?* Non poterit sane referri ad Sct. ante memoratum, cum hoc ab illo sit diversum,“ will nicht viel sagen, indem es lediglich auf der Voraussetzung beruht, daß jeder der im Texte erwähnten Sätze durch ein eigenes Senatusconsult eingeführt sei, was doch nicht Alle zugeben. Unter Anderen erklärt sich dagegen *Gr.* Majansius disput. jur. Nr. I. §. 14., welcher daher ebenfalls *idque* lesen will.

32) S. hierüber Schulting in der Note 13. zu Ulp. Fragm. l. l. Ihm stimmt ein anderer Kenner guter Latinität, *Jo.* Cannegieter not. ad Ulpiani Fragm. p. 93., völlig bei.

enthalten gewesen, in einem anderen [33]), die wegen der Einsetzungsfähigkeit städtischer Gemeinden in den Testamenten ihrer Freigelassenen. — Wahrscheinlich ist das Senatusconsult über die **successio libertorum** das frühere [34]), die zweite Bestimmung wird von **Paulus** [35]) ausdrücklich einem **Senatusconsultum Apronianum** zugeschrieben: „**Omnibus civitatibus, quae sub imperio populi Romani sunt, restitui debere et posse hereditatem fideicommissam, Apronianum senatusconsultum jubet. Sed et actiones in eas placuit ex Trebelliano transferri; sed municipes ad eas admittuntur**“ [36]). In welche Zeit dies Senatusconsult

33) **Majansius** disp. cit. §. 14. will Statt *alio* Senatusconsulto lesen: *illo*; offenbar aber nur, weil er die Stelle in Ulpians Fragmenten so versteht, daß beide Bestimmungen durch ein Senatusconsult angeordnet seien.

34) Für das Gegentheil folgt nichts daraus, daß **Ulpian** in der Digesten-Stelle zuerst von der **fideicommissa hereditas** spricht; es war ihm hier nur um die Rechtfertigung des Satzes zu thun, daß die Gemeinden durch Stellvertreter die Erbschaft erwerben könnten, was ja auch schon in anderen Fällen anerkannt sei. — Eine ausführlichere Untersuchung über das Zeitalter dieses Scts findet sich bei **Rau** diss. cit. §. 5.

35) **L. 20. D.** ***ad Sctum Trebellianum*** **(XXXVI. 1.)**; aus ***Paulus*** **lib. singulari de Sctis.**

36) Der Schlußsatz enthält nur eine Anwendung dieses Rechts auf den Fall, wenn die Restitution nach dem Trebellianischen Senatusconsult erfolgte, indem alsdann die Erbschaftsklagen activ und passiv auf den Fideicommissar übergiengen, nämlich für den Theil, welcher dem Fideicommissar restituirt war (§. 4. u. 6. I. *de fideicommissar. hereditat.*). Also: es werden die Klagen wider die Städte gegeben, und eben so werden sie als Kläger zugelassen; der Jurist nennt

falle? ist vielfältig besprochen [37]). Gewöhnlich schreibt man es dem Einflusse von Hadrian zu, unter welchem freilich auch über die für Städte anzuordnenden Legate ein Senatusconsult erfolgte. „Civitatibus omnibus (berichtet Ulpian), quae sub imperio populi Romani sunt, legari potest, idque *a divo Nerva introductum, postea a senatu, auctore Adriano, diligentius constitutum est*“ [38]). Auffallend kann es allerdings erscheinen, daß die Legate, als streng rechtliche Vermächtnisse, eher gestattet seien, wie die Fideicommisse, und wie lassen sich überhaupt die obigen Berichte mit der Erzählung von Gajus vereinigen: *olim incertae personae — per fideicommissum relinqui poterat*, quamvis neque heres institui, neque legari ei possit; *sed senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis, quod in legatis hereditatibusque, constitutum est*“ [39]). Auch

hier die Mitglieder der städtischen Gemeinde (municipes), was natürlich nicht auf die Einzelnen als solche, sondern eben wieder nur auf die ganze Gemeinde zu beziehen ist. S. die Accursische Glosse zu dieser Stelle. Auch bei dem letzten Sed muß hinzugefügt werden *et* (wofür es auch an handschriftlichen Zeugnissen nicht fehlt; s. die Marginalbemerkung in der Ausg. von Contius), oder es ist doch zu subintelligiren; *Jo.* Cannegieter ad *Ulp.* Fragm. Tit. XXII. §. 5. a. E. S. 93. Schulting in not. ad L. 26. D. *ad Sct. Treb.* u. Rau diss. cit. §. 6. in f. p. 34.

37) Die verschiedenen Meinungen hierüber finden sich zusammengestellt und geprüft bei Rau diss. cit. §. 6. Vergl. auch Schulting ad Ulp. Fragm. Tit. XXII. §. 5. Note 13.

38) Ulpiani Fragm. Tit. XXIV. §. 28.

39) Gaji inst. II. §. 287.

in einer vorausgehenden Stelle wird gesagt, daß durch das Sct. unter Hadrian die Befugniß, einem Peregrinus Fideicommisse zuzuwenden abgeschafft und bestimmt sei, daß diese Fideicommisse dem Fiscus anfallen sollten [40]). — Man darf sich den Zusammenhang etwa so denken: Vermögensverwendungen für gemeinnützige Zwecke, insonderheit zum Besten städtischer Communen, waren im Röm. Reiche sehr gewöhnlich [41]), und im Interesse der Gesetzgebung liegt es, sie nicht zu erschweren. Doch standen die strengen Prinzipien des römischen Erbrechts lange Zeit der Giltigkeit letztwilliger Dispositionen für Zwecke dieser Art im Wege, wenngleich ausnamsweise einzelne Fälle zugelassen wurden [42]). Durch das Aufkommen der Fi-

40) Gaji inst. II. §. 285.

41) Wie geneigt man zu solchen Dispositionen war und wie sehr dieselben begünstigt wurden, beweisen die zahlreichen Fälle, welche in unseren Rechtsquellen erwähnt werden. M. s. L. 41. §. 5. L. 71. §. 5. L. 117. u. L. 122. D. *de leg. I.* L. 30. L. 77. §. 33. D. *de leg. II.* (vgl. L. 8. C. *de inst. et subst.* VI. 26.) L. 78. §. 2. *eod.* L. 5. pr. L. 11. §. 23. L. 35. §. 3. L. 38. §. 5. D. *de leg. III.* L. 8. D. *de usu et usufr. leg.* XXXIII. 2. (Vgl. L. 56. D. *de usufr.* VII. 1. L. 21. D. *quib. mod. usufr. vel usus amitt.* VII. 4.). L. 2. D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.). L. 97. D. *de cond. et dem.* (XXXV. 1.). L. 1. §. 5. L. 3. §. 2. L. 68. pr. in f. D. *ad leg. Falcid.* (XXXV. 2.). L. 12. D. *ut in possess. legat.* (XXXVI. 4.). L. 4. D. *de administr. rer. ad civit. pertin.* (L. 8.). L. 13. §. fin. D. *de pollicit.* (L. 12. Vgl. *Gr.* Majansius disp. jur. Nr. I. §. 6—8. Dirksen a. a. O. S. 135 fg.

42) S. z. B. Tacitus annal. Lib. IV. c. 43. — Majansius l. l. §. 11. — Vgl. übr. Schulting ad Ulp. Fragm. Tit. XXII. §. 5. Note 8. u. Dirksen a. a. O. S. 134. a. E. fg.

deicommisse war diese Beschränkung im Wesentlichen so gut wie weggefallen, da fideicommissarische Zuwendungen den rein positivrechtlichen Bestimmungen Anfangs überall nicht unterworfen waren; aber eben deswegen trug man kein Bedenken, auch die strengrechtlichen Vermächtnisse zu Gunsten der Städte zuzulassen. Indessen noch vor dieser, durch den K. Nerva eingeführten, Neuerung war in Folge des unter Nero ergangenen Trebellianischen Senatusconsults der Unterschied zwischen den s. g. Universalfideicommissen und den **fideicommissa singularia** aufgekommen, oder wenigstens practisch recht bedeutend geworden; was ein Fideicommissar der ersten Art erhielte (das **hereditatis fideicommissum**) unterschied sich wenig mehr von der eigentlichen **hereditas**[43]), **heros** aber konnte eine Stadtgemeinde immer noch nicht werden. So wurde denn wohl gezweifelt, ob ihr ein **fideicommissum hereditatis** zugewendet werden dürfe, und dies veranlaßte die erwähnte Bestimmung in dem Hadrianischen Senatusconsult [44]). Ob dies das nämliche war, worin festgesetzt wurde, daß Successionsunfähige auch kein Fideicommiß erhalten könnten, muß dahin gestellt bleiben. Jedenfalls erklärt es sich, wie unter demselben Kaiser die strengen Erbrechtsgrundsätze auf die Fideicommisse übertragen und zugleich das fideicommissarische Erbrecht der Städte in vollem Umfange anerkannt werden konnte.

Durch ein Rescript, welches entweder dem Kaiser Antoninus Pius, oder dem K. Marc Aurel zugeschrieben werden muß, wurde das Recht der Städte,

43) Gaji inst. II. §. 253. Ulpiani Fragm. Tit. XXV. §. 14. 16. §. 4. I. *de fideic. hered.* — Vgl. Marezoll in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. IX. S. 117.

44) Vgl. Dirksen a. a. O. S. 131—133.

Legate zu erwerben, auf die kleineren Ortsgemeinden übertragen: „Vicis (ſagt Gajus) legata perinde licere capere atque civitatibus, *rescripto imperatoris nostri* significatur“ [45]), und durch ein Senatusconſult unter Marc Aurel auf alle erlaubte Gemeinheiten; PAULUS Lib. XII. ad Plautium: Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod si *corpori, cui licet coire*, legatum sit, debeatur; cui autem non licet, si legetur non valebit, nisi singulis legetur; hi autem non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legata“ [46]).

Aus einigen Pandektenſtellen könnte man ſchlieſſen, daß zur Zeit der ſpäteren juriſtiſchen Klaſſiker (Papinians und Ulpians) ſowohl die Städte, als auch alle erlaubten collegia directe Einſetzungsfähigkeit gehabt hätten. So erwähnt Papinian eines zum Erben eingeſetzten Municipiums [47]), wobei nicht die Einſetzung ſelbſt,

45) L. 73. §. 1. D. *de legat. I.* — Gajus lebte ſchon unter Hadrian und wurde als Schriftſteller berühmt unter Antoninus Pius und Marc Aurel. S. Zimmern Röm. Rechtsgeſch. I. §. 93. Zu ſeinen ſpäteren Schriften ſcheint die über das prätoriſche Edict zu gehören, woraus die L. 73. §. I. *de legat. I.* genommen iſt. S. *Guil. Ant. Henr.* DITTMAR diss. de nomine, aetate, studiis ac scriptis Gaji. Lips. 1820. p. 147 sq. Dem K. Antoninus Pius ſchreibt dagegen dies Reſcript zu MAJANSIUS l. l. §. 8.

46) L. 20. D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.). — Vgl. L. 93. §. 4. D. *de legat III.*, wo *Cervidius* SCAEVOLA von einem zum Beſten des collegium fabrorum angeordneten Legat handelt.

47) L. 66. §. fin. D. *de leg. II.* „A municipibus heredibus

ſelbſt, ſondern nur das zweifelhaft erſchien, daß einem Anderen die Proprietät legirt war, dem Municipium aber der Niesbrauch verbleiben ſollte. Denn welche Vortheile (könnte man fragen) ſoll dies Vermächtniß dem Vermächtnißnehmer gewähren, da eine Gemeinde nicht ſtirbt? Indeſſen erklärt Papinian das Vermächtniß für wirkſam, weil ja durch Nichtgebrauch das Nutznieſſungsrecht aufhören könne [48]). Ferner heißt es in der L. 6. §. 4. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1.). „Item si municipes hereditatem suspectam dicant heredes instituti, dicendum erit, cogi eos agnoscere hereditatem, et restituere. *Idemque erit et in collegio dicendum.*“ Und an einer anderen Stelle [49]): „A municipibus, et societatibus, et decuriis [50]), *et corporibus* bonorum possessio agnosci potest.“ Indeſſen müſſen dieſe Stellen auf die Fälle bezogen werden, in welchen die Einſetzung der Städte und anderer Corporationen geſtattet war: das darf nämlich allerdings angenommen werden, daß den übrigen Corporationen in Beziehung auf ihre Freigelaſſenen dieſelben Erwerbsrechte, wie den ſtäd-

redibus scriptis detracto usufructu legari proprietas potest, quia non utendo possunt usumfructum amittere.“

48) S. auch L. 56. D. *de usufr.*, wo die Frage aufgeworfen wird: ob überhaupt für ein Municipium ein Niesbrauch conſtituirt werden könne? „periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret. — — Et placuit, centum annos tuendos esse municipes.“ — S. auch Weſtphal von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen, Bd. I. §. 221. S. 188 fg.

49) L. 3. §. 4. D. *de bon. poss.*

50) Ueber dieſe Decurien ſ. *Jac.* Cujacius obs. Lib. XXI. c. 10. u. *Jos.* Averanius int. jur. Lib. II. c. 19.

tischen Communen, sehr bald zugestanden wurden [51]). Allgemein war aber zu der Zeit die passive Testamentifactio weder für die Städte, noch für andere Genossenschaften anerkannt. So reſcribiren die Kaiſer Diocletian und Maximian (i. J. 290.): „Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse dubium non est [52]); woraus wir aber freilich schlieſſen dürfen, daß einzelnen Collegien die passive Testamentifactio ganz allgemein durch Privilegien zugestanden war. Die directe Erbfähigkeit der Städte wird ohne alle Beschränkung erſt anerkannt in einer Constitution Leo's vom Jahre 469 [53]).

Iſt nun nicht durch die Juſtinianiſche Conſtitution de incertis personis dies Recht auf alle und jede erlaubte Corporationen übertragen? Es wird dies allgemein angenommen [54]) und nur die Judengemeinde (uni-

51) Dirkſen a. a. O. S. 139 fg.

52) L. 8. C. *h. t.* (VI. 24.).

53) Uebrigens iſt es nicht unwahrſcheinlich, daß die Erbfähigkeit ſelbſt früher ſchon für ſtädtiſche Gemeinden nicht bezweifelt wurde, denn der Kaiſer Leo entſcheidet hier (in der L. 12. C. *de heredib. inst.*) eigentlich nur die Frage: ob den Städten das Eigenthum an ſtädtiſchen Grundſtücken und das Recht auf die Bürgerſpenden (die annonae civiles oder civicae) zugewandt werden dürfe, was er bejaht: „Hereditatis, vel legati seu fideicommissi, aut donationis titulis *domus*, aut *annonae civiles*, aut *quaelibet aedificia*, vel mancipia ad jus inclytae urbis vel alterius cujuslibet civitatis pervenire possunt.“ Vgl. Sintenis in der deutſchen Ueberſetzung des Corp. jur. civ. Bd. V. S. 963. Not. 65.

54) S. *Jo.* Strauch diss. de personis incertis Cap. VI. §. 4. Rau diss. de personis incertis ex test. heredib. §. VIII. in f. Dirkſen a. a. O. S. 140.

versitas Judaeorum) nimmt man davon aus [55]), was auch seinen guten Grund hat, da mit überwiegender Wahrscheinlichkeit behauptet werden darf, daß die Judengemeinde an sich das Recht einer juristischen Person hatte, folglich die Erbunfähigkeit derselben sich nicht blos aus dem Mangel aller Persönlichkeit erklärt [56]). Indessen stehen der Voraussetzung, daß die const. de incertis personis allen erlaubten Corporationen die Erbfähigkeit zugestanden habe, noch einige Bedenklichkeiten entgegen. Zuvörderst kann hier nur von solchen Corporationen die Rede seyn, welche als juristische Personen anerkannt waren. Erlaubt sind alle nicht heimlich eingegangene Verbindungen in Beziehung auf an sich erlaubte Zwecke [57]), und Verbin-

55) Wegen L. 1. C. *de Judaeis et coelicolis* (I. 9.).

56) Das Gegentheil wird zwar von Manchen behauptet; s. indessen dagegen oben S. 252—256. (Nr. 6.).

57) Wir dürfen dies wohl jetzt als Regel annehmen. Verbindungen zu geselligen, mercantilischen und ähnlichen Zwecken werden täglich eingegangen und diesen Vereinigungen legt man juristische Wirkungen bei, ohne daß eine Bestätigung von Seiten der Regierungsgewalt für nöthig erachtet wird. Nur ausnamsweise werden solche Vereine, welche sich constituiren, ohne Anzeige davon an die vorgesetzte Behörde zu machen, für unerlaubte erklärt, (wie namentlich in neuerer Zeit Verbindungen unter Studirenden zu an sich erlaubten Zwecken, z. B. zu Lesecirkeln u. dgl. solchen Beschränkungen unterworfen wurden). Eine viel weiter gehende Beschränkung scheint das Röm. Recht enthalten zu haben, indem es die Zustimmung eines Gesetzes, oder besondere obrigkeitliche Concession zu größeren Vereinen erforderte, welche wegen anderer als erlaubter religiöser Zwecke sich verbanden. S. L. 1. pr. u. §. 1. L. 3. §. 1. D. *de colleg. et corporib.* (XLVII. 22.). Vergl. Dirksen a. a.

dungen dieſer Art können privatautonomiſch, oder durch den Conſtitutions-Vertrag, ihre beſonderen Zwecke und die rechtlichen Verhältniſſe der Mitglieder feſtſetzen [58]), ſoweit nicht das poſitive Recht ſie hierin beſchränkt [59]). Sie können ihre Vorſteher wählen, ihre Caſſe haben, über die Angelegenheiten ihres Vereins ſich berathen und Beſchlüſſe faſſen, ſoferne ſie ſich dabei nur innerhalb der Gränzen erlaubter Privatautonomie halten. Dies Alles verleiht ihnen noch keineswegs die Eigenſchaft einer juriſtiſchen Perſon; denn ſonſt müßten unſere Klubs, Muſeen, und wie die Privatvereine für geſellige oder bildende Zwecke benannt ſeyn mögen, ſämmtlich juriſtiſche Perſonen ſeyn. Wenn dies aber auch wohl ein und das andere Mal behauptet wurde, ſo geſchah' es doch nur in Parteiſchriften, oder in ſolchen Aufſätzen, die den Character von Parteiſchriften haben, und es dürfte zur Wi-

D. S. 23—44. Möglich iſt es freilich, daß hierbei an Verbindungen der Art gedacht wurde, welche, wenn ſie erlaubterweiſe und auch gehörig conſtituirt ſind, juriſtiſche Perſönlichkeit haben (oder, wie es von einem Magiſtratscollegium heißt, „unius hominis vicem sustinent;" L. 25. D. *ad municipal.* L. 1.). Ja es deuten die Ausdrücke: *collegium* usurpare, beſonders aber der Ausdruck corpus coire darauf hin, daß in der That an ſolche Verbindungen gedacht wurde. Iſt dies der Fall, ſo würde die geſetzlich ausgeſprochene Geſtattung dieſer Verbindungen auch im Voraus ihre Beſtätigung als juriſtiſche Perſonen enthalten. Aber daraus folgt immer nicht, daß einer nur nicht unerlaubten Verbindung von ſelbſt das Recht einer juriſtiſchen Perſon zuſtehe. S. was darüber weiter unten im Texte vorkommt.

58) L. 1. L. 5. pr. u. §. 1. L. 7. D. *pro socio* (XVII. 2.).

59) S. z. B. L. 5. §. 2. L. 14. L. 59. D. *pro socio.*

derlegung faſt genügen, auf die gemeine Lebenserfahrung hinzuweiſen. Denn hiernach iſt es gewiß, daß dieſen Klubs u. ſ. w. weder eine persona standi in judicio, noch Erbfähigkeit zukommt, falls ſie nicht durch einen Regierungsact als juriſtiſche Perſonen förmlich conſtituirt ſind. Indeſſen ergiebt ſich aus einer Stelle des Röm. Rechts, welche auſſer Zweifel von Vereinen ſpricht, die ſich als juriſtiſche Perſonen geltend machen wollen, mit Beſtimmtheit, daß dieſe Eigenſchaft ohne öffentliche Autoriſation nicht angeſprochen werden darf. Sie iſt aus dem dritten Buche von Gajus ad edictum provinciale genommen [60]), und lautet, wie folgt: „Neque societas neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus haberi [61]) conceditur, nam et legibus, et senatusconsultis, et principalibus constitutionibus ea res coercetur. Paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora [62]); ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, vel aurifodinarum, vel argentifodinarum, et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatusconsultis

60) L. 1. pr. D. *quod cujusque universitatis nomine vel contra eam agatur.* (III. 4.).

61) Andere leſen: *habere*, in welchem Falle aber das vorangehende societas in societatem, oder societates abgeändert werden muß; ſ. Smallenburg zu Schulting not. ad Dig. T. I. p. 451.

62) In der Folge vermehrten ſich freilich die Handwerksgenoſſenſchaften mit Corporationsrechten ſehr ſtark und erhielten große Vorrechte. M. ſ. L. 2. Th. C. *de excusat.* (X. 64.) L. 1. Just. C. *eod.* (X. 64.). Vgl. Heineccius diss. de colleg. et jure collegior. et corpor. op. Rom. C. I. §. 21.

sultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et navicullariorum, qui et in provinciis sunt.“ Die Senatusconsulte und Constitutionen, von welchen hier die Rede ist, sind nicht allgemeine Gesetze, sondern besondere Acte der Staatsgewalten, wodurch die einzelnen Corporationen ihr juristisches Daseyn erhielten, wie die Ausdrücke: collegia — *certa* sunt, quorum corpus [63]) Sctis atque constitutionibus *confirmatum* est, beweisen; — obgleich aus eben dieser Stelle auch hervorgeht, daß gewisse Vereine im Voraus durch Gesetze ihre Constitution erhalten, oder als juristische Personen anerkannt seyn können [64]). — Also: jedenfalls wird man hier nur an erlaubte Vereine mit dem Rechte juristischer Persönlichkeit denken dürfen, wenn man sagt, die const. de incertis personis habe den erlaubten Corporationen die Erbfähigkeit allgemein zugestanden. — Was demnächst aber die hieher gehörige Vorschrift der Constitution selbst anbetrifft, so kommt uns hierbei nicht, wie bei den Postumen, die in den Institutionen enthaltene Relation zu Hilfe, sondern wir kennen dieselbe lediglich aus dem im

63) Societas und collegium kommen in unseren Quellen bald in einer allgemeinen Bedeutung — für jeden freiwilligen Verein von Personen vor, bald im engeren Sinne, als ein Verein mit Corporations-Rechten, oder mit juristischer Persönlichkeit; vorzugsweise wird aber dafür der Ausdruck *corpus* gebraucht; so ist in der obigen Stelle die Rede von collegia, quorum corpus confirmatum est, d. h. wie wir etwa sagen würden: von Vereinen mit Corporationsrechten. Vgl. meine Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls S. 167.

64) Siehe überhaupt die angeführte Beurtheilung u. s. w. S. 150 — 167.

Nomocanon von Photius enthaltenen Auszuge [65]), welcher in der Uebersetzung von Augustinus [66]) also lautet: „Valet quod relinquitur licito collegio, aut corpori utputa [67]) senatoribus, aut curiae, aut apparitoribus, aut medicis, aut praeceptoribus, aut advocatis, aut militibus, aut artificibus, aut aliis personis [68]). *Partes autem aequis portionibus singuli capiunt, qui tempore mortis in eorum numero reperiuntur; nisi nominatim testator partes tribuerit*“ [69]). — Da nun der Nomocanon hier un-

65) Die Hauptstelle ist hier Nomoc. Tit. 2. Cap. 1. Ausserdem wird dieser Theil der constitutio citirt im Nomocan. Tit. 12. Cap. 9. bei Anführung der L. 20. D. *de reb. dubiis* (S. oben S. 400 fgg.). Hieraus und aus der ersten Stelle hat Contius den Inhalt des Gegensatzes zusammengesetzt. Die Herausgeber folgen gewöhnlich dem Contius, welchen indessen ebenfalls unter sich ab. Hier sollen besonders die Ausgaben von Spangenberg und Beck berücksichtigt werden.

66) S. opera Vol. II. p. 225 sq.

67) Der griechische Text hat οἷον, was bei Beck richtiger durch *quemadmodum* wiedergegeben ist.

68) Richtiger wird auch hier bei Beck das: ἢ ἑτέρῳ τινί übersetzt durch: vel cuipiam alii. Der ganze Satz lautet bei Spangenberg (nach Contius) also: „Dicit constitutio valere quod relinquitur licito collegio, aut corpori, vel clericis, vel collegiis, vel curiae, vel cohorti praesidis, vel medicis, vel doctoribus, vel advocatis, vel militibus, vel ejusdem artificii opificibus seu artificibus, vel sacerdotibus, vel cuipiam alii corpori.“

69) Bei diesem letzten Satze, welcher hier vorzugsweise in Betracht kommt, findet sich in den sämmtlichen Restitutionsversuchen eine wesentliche Uebereinstimmung.

sere einzige Quelle ist, so müssen wir uns auch daran halten, und dürfen nicht die Voraussetzung hineintragen: Justinian habe unbedingt die Einsetzung der Corporationen als solcher gestattet; der buchstäbliche Inhalt der Stelle führt vielmehr geradezu auf ein entgegengesetztes Resultat: was einer Corporation zugewandt ist, das soll unter die beim Tode des Testirers vorhandenen Mitglieder nach der Kopfzahl vertheilt werden, falls nicht der Testirer eine andere Theilungsart beliebt hat! Dann aber erbt ja nicht das Collegium als solches; unter incerta persona konnte hier also nicht die juristische Person gemeint seyn, sondern nur der Mangel individueller Bestimmtheit der künftigen Successoren, und so würde denn Justinians Entscheidung sich noch genauer an die von ihm in den Institutionen vorgetragenen Fälle [70]) anschliessen. Sollen wir denn aber etwa annehmen: daß die früher schon gestatteten Erbeinsetzungen von Gemeinheiten und Vermächtnißbestimmungen für dieselben ebenfalls lediglich auf die beim Tode des Testirers vorhandenen Mitglieder bezogen worden seien? In Ansehung der städtischen Gemeinheiten ist das Gegentheil gewiß ausser aller Frage; für die Collegia, welche doch immer eine geringere Anzahl von Individuen umfassen, wäre dies eher möglich. Indessen ergiebt sich auch hier das Gegentheil mit großer Bestimmtheit aus der L. 20. D. *de rebus dubiis*, wo unterschieden wird: ob einem Collegium als solchem legirt werde, oder den Mitgliedern desselben; im letzteren Falle würden die Mitglieder non quasi collegium, sed quasi certi homines zum Vermächtnisse zugelassen. Zwar sind hier die rechtlich gestatteten Corporationen und die

70) §. 25—27. I. *de legat.* — S. hierüber das im Texte Folgende.

nicht anerkannten einander entgegengesetzt: für die letzteren soll ein Legat überall nicht gelten, soferne es sich auf das Ganze als solches bezieht; sondern nur, insoferne den Mitgliedern als solchen legirt ist. Allein daraus folgt ja noch keineswegs, daß nicht auch bei den juristischen Personen die Zuwendung auf die Mitglieder sich beziehen dürfe. Es wird vielmehr hierbei Alles auf die Absicht des Testirers ankommen.

Ungenau ist nun die Relation des Photius in allem Betracht; referirte er aber auch nur im Wesentlichen richtig, so würde der Zusammenhang folgender seyn: Justinian dachte bei seiner constitutio de incertis personis überall nicht an Corporationen als solche, sondern er hatte dabei lediglich die individuelle Unbestimmtheit des künftigen Successor vor Augen. Die zu entscheidende Frage war mithin: kann man Jemanden zum Erben einsetzen, oder ihm ein Vermächtniß zuwenden, der dem Individuum nach jetzt noch überall nicht bestimmbar ist? Die am nächsten liegenden Fälle dieser Art waren: a) Dispositionen zum Vortheil von Subjecten, welche erst durch ein bestimmtes künftiges Ereigniß ermittelt werden können (z. B. quicunque filio meo in matrimonium filiam suam collocaverit, — qui post testamentum scriptum primi consules designati erunt —); b) Verfügungen für noch nicht geborne Menschen, so wie c) für diejenigen, welche zu einer gewissen Zeit Mitglieder eines Vereins seyn werden. Diese Frage nun entschied Justinian bejahend. Daß aber der Theil von Justinians Constitution, welcher die Einsetzung der Vereine betraf, in der That nur auf den Fall gieng, wenn nicht das Collegium als solches eingesetzt war, erhält gewiß eine erhebliche Unterstützung durch die Einmi-

ſchung der L. 20. D. *de reb. dub.* in die Relation des Photius, beſonders aber durch den Satz: daß das Hinterlaſſene unter die Mitglieder nach der Kopfzahl vertheilt werden ſolle. Wie verworren auch ſeine Vorſtellungen von der Sache ſeyn mochten, dieſen Satz konnte er doch ſchwerlich in ſeinen Auszug hineintragen, wenn er ihn nicht vorfand. Endlich erklärt ſich hieraus, weshalb die Compilatoren die Verordnung der KK. Diocletian und Maximian aufnahmen, wonach einer Corporation die Erbfähigkeit nur zuſtehen ſoll, wenn ſie ihr durch ein Privilegium eingeräumt iſt.

Dies Alles beweiſt wohl, mit wie wenig Grund man ein beſonderes Gewicht auf die const. de incertis personis legt, wenn von der Einſetzungsfähigkeit juriſtiſcher Perſonen die Rede iſt. Uebrigens ſoll dadurch nicht geläugnet werden, daß die Praxis von jeher die Erbfähigkeit juriſtiſcher Perſonen zu den jura originaria derſelben gerechnet hat, d. h. zu Denen, welche ſich durch ihre Conſtitution von ſelbſt verſtehen [71]), wie denn dies auch als Hauptzweck angeführt zu werden pflegt, wenn die Anerkennung derſelben bei der Staatsgewalt nachgeſucht wird [72]).

Die nämlichen Gründe, welche der Einſetzung eines Municipium oder eines Collegium früher im Wege ſtanden, hinderten auch die der Gottheiten: es fehlte dieſen die zum ſelbſtſtändigen Handeln, alſo auch zum Erbſchaftserwerb, erforderliche wirkliche oder phyſiſche Perſönlichkeit [73]). Doch wurde von allen juriſtiſchen Perſonen wahr-

71) S. mein Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I. §. 197. Nr. 2. u. Note 16. Bd. III. Nr. 4. d. Note 14.

72) S. meine Beurtheilung des Städelſchen Beerbungsfalls S. 203 fg.

73) S. *F. C.* Conradi de diis heredibus ex testamento

scheinlich zuerst gewissen Gottheiten directe Erbfähigkeit ertheilt. Nach der Vorstellungsweise der Neueren nun ist es die religiöse Anstalt und der dazu gehörige Vermögenscomplex als reines Abstractum, welches man hier personifizirt, wenn von Erbeseinsetzung und überhaupt von Erwerbfähigkeit der Kirchen die Rede ist. In diesem Sinne unterscheidet man denn zwei Arten juristischer Personen: a) eine Mehrheit physischer Personen, die im Begriff ein einziges Rechtssubject bilden und b) ein sonstiges Begriffsganze mit ideeller Persönlichkeit, wobei denn insonderheit ausgezeichnet werden die s. g. pia corpora oder piae causae, d. h. alle zu einem religiösen, wohlthätigen, sittlichen Unterrichts- und Bildungs-Zwecke mit dem Rechte einer juristischen Person bestehenden Anstalten oder Stiftungen [74]). Die Alten aber knüpften jede juristische Persönlichkeit, nicht blos die der Gemeinden und Corporationen, an eine physische, oder doch als wirklich existirend gedachte. So beruht die Persönlichkeit der hereditas auf der Fiction einer fortdauernden Persönlichkeit des Verstorbenen [75]), und eben so dachte man

apud Romanos §. 7. (Conradi führt auch noch manche Nebengründe an, so namentlich: es habe mit den Begriffen von der Erhabenheit der Götter über alles Menschliche nicht wohl vereinbar geschienen, sich einen Gott als Nachfolger und Repräsentanten eines Menschen, und als dadurch gegen Andere verpflichtet zu denken; ferner die Rücksicht auf die sacra privata, deren Untergang dadurch unvermeidlich gewesen sei, ebendas. §. 10.).

74) S. mein Lehrb. des Pandektenrechts Bd. I. §. 196. und §. 201.

75) §. 2. I. *de heredib. instit.* — „Nondum adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis, *sed defuncti.*“ L. 34. D. *de acq. rer. dom.* (XLI.

ſich die Götter als lebende und unter den Menſchen wandelnde Individuen. Die Perſönlichkeit derſelben haftete an ihnen ſelbſt, nicht an den Tempeln und den dazu gehörigen Dotationen; nur vollſtändige Rechtsfähigkeit konnte ſelbſt den einheimiſchen, alſo gewiſſermaſſen mit Civität bekleideten, Gottheiten nicht zugeſtanden werden, weil ihnen körperlich ſichtbare Perſönlichkeit fehlte. Indeſſen ließ man auch hier allmählig eine vollſtändige Repräſentation durch Stellvertreter zu; es wurde namentlich vielen Gottheiten durch Geſetze die Erbfähigkeit zugeſtanden, und um das Hinderniß zu beſeitigen, welches nach der **Lex Julia et Papia Poppaea** entgegenſtand, ihnen das **jus liberorum** ertheilt [76]). — Ulpian referirt das zu ſeiner Zeit in dieſer Hinſicht beſtehende Recht [77]) wie folgt: „**Deos heredes instituere non possumus, praeter eos, quos senatusconsulto, constitutionibus principum instituere concessum est, sicuti Jovem Tarpejum, Apollinem Didymaeum, Herculem Gaditanum, Dianam Efesiam, Matrem Deorum Sipylensem, quae Smyrnae colitur, et coelestem Salinensem Carthaginis.**“ Aus alten Inſchriften wiſſen wir, daß noch andere Gottheiten erbfähig waren [78]);

1.). — Vgl. meine Beurtheilung des Städelſchen Verbungsfalls. S. 164—166.

76) Vgl. Schulting not. 15. ad *Ulp.* Fragm. Tit. XXII. §. 6. und Conradi diss. cit. §. 11. 12.

77) Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 6. — Erklärungen der einzelnen Ausdrücke und Angaben verſchiedener Lesarten finden ſich inſonderheit bei A Schulting in den Noten 16—26., Conradi diss. cit. §. 16—23. *Jo.* Cannegieter in not. ad Ulpianum p. 93—95.

78) Conradi l. l. §. 24. 25.

Ulpian führt also wohl nur Beispiele solcher Gottheiten an, welche zuerst die Erbfähigkeit erhielten, worauf auch das sicuti hinweist[79]), und wir dürfen mit Wahrscheinlichkeit annehmen, daß allen einheimischen oder recipirten Göttern dies Recht zugestanden wurde.

Der Kaiser Constantin erklärte die rechtgläubige christliche Kirche (sanctissimum catholicum venerabileque concilium) für erbfähig[80]); die Vorstellungsweise aber, daß nicht die Gemeinde, — nicht das Gesammtvermögen einer Kirche, sondern ein als lebend gedachtes Individuum das Subject des Rechts bilde, dauerte bei den Bekennern der christlichen Religion fort. Auch Christus und seine Apostel hatten gelebt und gewirkt, wie die mythologischen Personen der alten Welt; es ließ sich also bei ihnen eben so gut, wie bei diesen, ein persönliches Fortbestehen annehmen. Man setzte den Herrn Jesus Christus, einen Heiligen, Erzengel, ja Gott selber zu Erben ein; die Giltigkeit solcher Einsetzungen war ausser Zweifel, und nur darüber wurden gesetzliche Bestimmungen nöthig: auf welche besondere Gemeinde die Einsetzung zu beziehen und auf welche Art die Erbschaft zu reguliren und zu verwenden sei, wenn der Testirer nichts Besonderes hierüber bestimmt hatte. Eine solche Bestimmung erließ Justinian im Jahre 530 in griechischer Sprache. Sie ist aus der s. g. collectio 25 capitulorum[81]) in die Ausgaben des Justinianischen Codex als

79) Vgl. Dirksen a. a. O. S. 137 fg.

80) L. 1. C. *de sacrosanctis ecclesiis* (I. 2.), oder L. 4. Th. C. *de episcopis, ecclesiis et clericis* (XVI. 2.).

81) Das Nähere über diese Sammlung s. in Biener Geschichte der Novellen Justinians S. 173—179. (Nr. V.). Vgl. ebendas. S. 597—601. (Nr. 5.). Unsere Constitution

L. ult. (26.) *de sacrosanctis ecclesiis* (I. 2.) aufgenommen. Der Kaiser ordnet hier Folgendes an: wenn Christus zum Erben, auf das Ganze oder für einen Theil, eingesetzt sei, ohne die Kirche oder Capelle zu nennen, worauf die Einsetzung zu beziehen sei; so solle dies als Einsetzung der Kirche des Orts gelten, an welchem der Erblasser gelebt habe; und ein Gleiches gelte auch für die Anordnung von Vermächtnissen, die ebenfalls den Kirchen gehören sollten, um sie zur Unterstützung der Armen zu verwenden [82]). Nennt die Verfügung einen Erzengel

findet sich hier im Cap. 2. bei *A.* Augustinus constit. graecar. collectio opp. Vol. II. p. 159 sq. Ein Auszug derselben in dem Nomocanon des Photius Tit. 2. Cap. 1. und in der Pseudo-Balsamonischen collect. const. ecclesiasticar. II. 26.; bei Voelli et Justelli bibl. jur. can. vet. p. 1249. Vgl. hierüber Witte die leges restitutae des Justin. Codex S. 103. u. Biener Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft Bd. VII. S. 255.

82) Der Ausdruck läßt es zweifelhaft, ob die Verwendung nothwendig zu diesem Zwecke geschehen müsse. Wahrscheinlich soll dadurch nur angedeutet werden, daß das Kirchenvermögen hauptsächlich mit zu wohlthätigen Zwecken diene, wie denn überhaupt die Almosenpflege den Kirchen untergeben war und sogar die heiligen Gefäße veräussert oder verpfändet werden durften, wenn es sonst an Geldmitteln dazu fehlte (L. 21. C. *de sacros. eccles.*). Dann darf man dies aber nicht auf Vermächtnisse beschränken, ungeachtet der buchstäbliche Zusammenhang nur auf diese geht, und so interpretirt denn Augustinus dem Sinne nach richtig: „*ea autem omnia* deferentur ecclesiis, ut in pauperum educationem distribuantur.“ Die Uebersetzung von Contius schließt sich hier mehr dem Wortverstande an, wonach die Bestimmung wegen der Verwendung nur auf die Vermächtnisse geht.

oder Märtyrer, ohne nähere Bestimmung der Kirche, und es befindet sich eine zu Ehren des Ernannten gestiftete Kirche an dem Orte oder in der Nachbarschaft, so ist diese für honorirt zu achten; sonst ist es die dem Erzengel oder Märtyrer geweihete Kirche in der Provinzial-Hauptstadt (der metropolis), und wäre auch hier eine solche Kirche nicht, so ist die Verfügung auf die Kirchen des Orts zu beziehen, wo der Erblasser sein Domizil hatte. Dies Alles gilt nur für den Fall, wenn der Testirer nicht andere milde Anstalten (z. B. ein Waisenhaus u. s. w., welche ebenfalls einem Heiligen gewidmet zu seyn pflegten) vor Augen hatte, wobei denn nicht auf den buchstäblichen Ausdruck, sondern nur auf die erweisliche Absicht des Erblassers gesehen werden soll. Giebt es an dem Orte oder in dem Bezirke desselben mehrere Kirchen, worauf die Disposition bezogen werden könnte, so gilt die Einsetzung oder das Vermächtniß für die Kirche, welcher der Verstorbene durch häufigen Besuch oder sonst eine besondere Anhänglichkeit bewiesen hat; fehlt es aber auch an einem solchen Merkmale seiner wahrscheinlichen Willensmeinung, so geht die bedürftigste Kirche den übrigen vor. Und in der Novelle 131 (aus dem J. 544), worin der Kaiser die Rangordnung der großen Bischöfe festsetzt, den Kirchen ihrer Besitzungen halber Freiheit von Steuern und anderen Lasten, auch sonstige Privilegien verleiht oder erneuert, findet sich eine Wiederholung dieser Bestimmung, wenigstens in den wesentlichen Puncten [83]). Diese Identifizirung der Kirche und ihres Stif-

83) Nov. 131. c. 9. Wenn Jemand (heißt es hier) auf den Namen Gottes, oder unseres Heilandes Jesus Christus, oder eines Heiligen eine Erbschaft oder ein Vermächtniß

ters finden wir auch im canoniſchen Rechte wieder, welches das Kirchengut als patrimonium Christi [84]), oder auf ähnliche Art bezeichnet [85]), und eben ſo ſtimmt das päbſtliche Recht darin mit den Anſichten der Römer aus der chriſtlichen Kaiſerzeit überein, daß das kirchliche Vermögen hauptſächlich zur Unterſtützung der Armen dienen ſolle [86]). Hiermit ſteht denn in Verbindung, daß die Almoſenpflege und die Wohlthätigkeitsanſtalten mit der Kirche auf das genaueſte zuſammenhängen, und gleichſam als rein kirchliche Zwecke betrachtet wurden. — Dieſer Gegenſtand bedarf indeſſen einer etwas genaueren Erörterung.

Wir finden im römiſchen Reiche, beſonders unter den chriſtlichen Kaiſern, zahlreiche Wohlthätigkeits-Anſtalten, als: orphanotrophia (Waiſenhäuſer), brephatrophia (Findelhäuſer) [87]), gerontocomia (Anſtalten zur Aufnahme hilfsbedürftiger Greiſe), ptochotrophia (Armenhäuſer), nosocomia (Krankenhäuſer), Xenodochia (Hoſpitäler zur Aufnahme armer Fremden) [88]). Dieſe

ſchreibe, ſo ſolle dies (in der oben beſtimmten Art) den Kirchen zu Gute kommen.

84) So in dem c. 16. X. *de praebendis* (III. 5.) c. 34. *de elect.* in VI. (I. 6.).

85) So: „Christi pecunias et ecclesiae“ in C. 1. u. 6. C. XII. qu. 2. Vgl. auch Conradi diss. cit. §. 30. (opusc. Vol. I. p. 136.).

86) c. 23. C. XII. qu. 1. — c. 66. C. XVI. qu. 1. — c. 2. X. *de reb. eccl. non alienand.* (III. 13.).

87) Genau genommen: Häuſer zur Aufnahme und Ernährung armer Kinder; Brisson. de V. S. und *H. E.* Dirksen manuale latinit. font. jur. Rom. *v.* brephotrophium.

88) Von den vielen Stellen, worin ſich dieſe Anſtalten erwähnt finden

Diese Anstalten nun, wie überhaupt die ganze Armenpflege, gehörten auf gewisse Weise den Kirchen an [89]; sie waren im Allgemeinen dem Ortsbischof unterworfen, zunächst aber der Aufsicht besonderer geistlicher Beamten, eines Oeconomus, Orphanotrophus, Xenodochus u. s. w. [90]. Daher wird ihrer stets in Verbindung mit den Kirchen gedacht und eine Verfügung zu deren Besten so behandelt, als ob sie geradezu zum Besten der Kirche angeordnet wäre [91], auch der Ausdruck venerabilis domus (σεβάσμιος οἶκος) von ihnen eben so gut, wie von Kirchen und Klöstern gebraucht (s. die Note 91.). Auch hierin stimmt das canonische Recht mit dem römischen völlig überein; Hospitäler und andere milde Stiftungen, wenn sie gleich ihre eigenthümlichen Dotationen und Vorsteher haben, sind doch in aller Beziehung mit der Kirche verbunden und den Kirchenoberen unterworfen [92]. Dies darf aber freilich nicht so verstanden werden, als ob sie durchaus keine selbstständige Persönlichkeit gehabt hätten, also ihre Er-

finden, mögen hier nur genannt seyn: L. 19. C. *de sacros. eccles.* L. 35. u. L. 32. C. *de episc. et cler.* (I. 3.).

89) Es gehörte zur Pflicht der Kirchen, für die Armen zu sorgen (L. 6. in f. Th. C. *de episc.* XVI. 2.), weshalb denn das Kirchengut auch wohl als Armengut (substantia pauperum) bezeichnet wurde. S. die Note 86. angef. Stelle des can. Rechts.

90) L. 32. L. 35. C. *de episc. et cler.* I. 3. Nov. 59. c. 3.

91) L. 15. L. 17. L. 19. L. 22. L. 23. C. *de sacros. eccl.* (I. 2.). L. 35. L. 46. C. *de episc. et cler.* (I. 3.). Nov. 131. c. 10.

92) Cap. 3. X. *de religiosis domibus, ut episcopis ... sint subjectae.* (III. 36.). Clem. 2. *eod.* (III. 11.).

beseinsetzung schlechthin als Erbeseinsetzung der Kirche betrachtet worden wäre. Es verhielte sich hiermit vielmehr auf ähnliche Art, wie mit den einzelnen Kirchen in ihrem Verhältnisse zu dem Metropoliten oder zu dem Pabste: jede einzelne Kirche mit dem dazu gehörigen Vermögen hatte ein selbstständiges Leben; sie wurde besonders vertreten, gerichtlich wie auffergerichtlich, konnte für sich Rechte erwerben und mit Verbindlichkeiten belastet werden, ohne daß dies die übrigen Kirchen etwas angieng. Nur wurden die Interessen aller Kirchen eines Orts, einer Provinz, der gesammten katholischen Christenheit von den Kirchenobern geleitet und beaufsichtigt; die Vorsteher der einzelnen Kirchen konnten mithin ohne Autorisation der Oberen oder gesetzliche Gestattung keinerlei Verfügungen oder Veränderungen vornehmen, mochten sie das Vermögen oder die sonstigen Interessen der Kirche betreffen [93]). In einem gleichen Falle befanden sich denn auch die milden Stiftungen; eine jede derselben hatte ihr eigenthümliches Vermögen, ihre besonderen Vorsteher, konnte als juristische Person Verträge schließen und vor Gericht auftreten, durch Schenkungen und Testamente erwerben, war aber in allen diesen Beziehungen der Obervormundschaft der Kirchenoberen unterworfen [94]). Ihre Erbfähigkeit konnte keinem Zweifel unterworfen seyn, seit die der Kirchen anerkannt war; denn auch sie waren

93) L. 14. C. *de sacros. eccl.* Nov. 120.

94) L. 17. C. *de sacros. eccles.* L. 32. C. *de episc. et cler.* (Hier werden die Vorsteher solcher Anstalten geradezu den Tutoren und Curatoren Minderjähriger verglichen). — Die Zweifel, welche (bei Gelegenheit der Streitigkeiten über den Städelschen und den Blumschen Erbrechtsfall) gegen die selbstständige Persönlichkeit der einzel-

gottesdienstliche Anstalten (venerabiles domus) gleich den Kirchen, wurden wie diese Jesus Christus oder einem Heiligen gewidmet und regelmäßige Andachtsübungen mit ihnen verbunden; zum Ueberflusse ist aber ihre Erbfähigkeit in zahlreichen Gesetzen auch ausdrücklich anerkannt.

Wie nun aber, wenn eine testamentarische Verfügung zu milden Zwecken sich nicht auf eine bereits bestehende Anstalt dieser Art bezog? — Wir müssen hierbei zwei Arten solcher Verfügungen unterscheiden: einmal, wenn die Verfügung eine bestimmte, aber noch nicht bestehende Wohlthätigkeits-Anstalt betrifft, z. B. ein erst zu errichtendes Waisen- oder Krankenhaus. Sodann, wenn nur im Allgemeinen ein gewisser Wohlthätigkeitszweck angegeben wird, wie namentlich im röm. Rechte so häufig von Dispositionen zum Besten der Armen oder Gefangenen (d. h. in feindlicher Gefangenschaft befindlichen Christen) die Rede ist. Hiervon soll zuerst gehandelt werden. — Daß hier nicht der Complexus der Armen (eines Landes oder Orts), — nicht die gefangenen Mitbürger als Subject der Erbeseinsetzung angesehen werden können, versteht sich ganz von selbst; denn sonst müßten ja auch bei einem Krankenhospital die in der Anstalt befindlichen Kranken das Rechtssubject bilden[95])! Wenn nun Zweifel über die Giltigkeit solcher Dispositionen entstanden, so bezogen sich diese überall nicht auf die Frage: ob juristische Personen giltig eingesetzt werden dürften? Könnte hierbei nämlich überhaupt von juristischer Persönlichkeit

nen Wohlthätigkeits-Anstalten erhoben sind, sollen weiter unten geprüft werden.

95) Vgl. meine Beurtheil. des Städelschen Beerbungsfalls S. 70. Northoff die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung, S. 38 u. 45.

die Rede seyn (wie z. B., wenn der Erblasser zur Erreichung seines Zweckes eine eigne Anstalt gegründet hätte), so würde — in Voraussetzung ihrer erfolgten öffentlichen Anerkennung — die Erbfähigkeit derselben seit Constantin nicht mehr zweifelhaft gewesen seyn, indem ja Anstalten dieser Art als rein kirchliche betrachtet wurden. — Die Zweifel betrafen vielmehr folgende Puncte: erstlich: kann überhaupt eine ganz allgemein auf die Armen oder Gefangenen gestellte Disposition bestehen? Der Zweifelsgrund wurde hier von der individuellen Ungewißheit und Unbestimmtheit der honorirten Subjecte hergenommen. Erst nach dem Tode des Testirers ließ es sich bestimmen, wem seine Verfügung überhaupt zu Gute kommen könne, derselben stand also die alte Regel entgegen, daß **incertae personae** nicht successionsfähig seien, und zwar wurde **incerta persona** hier in dem Sinne genommen, den Justinian bei seiner **constitutio de incertis personis** zunächst vor Augen hatte. (S. oben S. 440 fgg.). Zweitens, welche Arme, welche Gefangene sind hier gemeint? Ist dies nach dem Wohnort des Erblassers zu bestimmen, oder nach anderen Merkmalen? — Drittens, auf welche Art ist die Disposition zu realisiren, wenn der Testirer darüber keine nähere Verfügung getroffen hat?

Ueber den ersten Punct wurde, in Ansehung der Armen, schon durch eine Constitution der Kaiser Valentinian und Martian entschieden [96]): „Id, quod pauperibus testamento vel codicillis relinquitur, *non ut incertis personis* relictum evanescat, sed omnibus

96) L. 24. C. *de episc. et cler.* — Die Constitution hat keine subscriptio; die vorausgehende derselben Kaiser ist aus dem Jahre 452.

modis ratum firmumque consistat.“ — Und auf gleiche Weise erklärte der Kaiser die zur Auslösung von Gefangenen angeordneten Verfügungen für giltig [97]): „Nulli licere decernimus, sive testamento heres sit institutus, sive ab intestato succedat, sive legatarius vel fideicommissarius inveniatur, dispositiones pii testatoris infringere, vel improba mente violare, asserendo *incertum* esse legatum vel fideicommissum, quod redemtioni captivorum relinquitur, sed modis omnibus exactum pro voluntate testatoris piae rei negotio proficere.“ Nach dem, wohl sehr unzuverlässigen, Auszüge in dem Nomocanon des Photius [98]) bestimmte die constitutio de incertis personis ganz allgemein: was für die Kirchen, die Wohlthätigkeits-Anstalten, zum Zweck der redemtio captivorum, so wie geradezu für die Armen und Gefangenen in Testamenten verfügt sei, solle nach den Willen des Testirers erfüllt werden [99]). Der obigen Ausführung zu Folge, wird es sehr wahrscheinlich, daß der Kaiser hier überall nicht von Dispositionen zum Besten der Kirchen oder mil-

97) L. 28. pr. C. *de episc. et cler.* — Auch diese Constitution hat keine subscriptio. Der Kaiser Leo regierte vom Jahr 474. an.

98) Tit. 2. Cap. 1.

99) Nach Contius (in dem Codex-Titel *de incertis personis*): „Dicit quoque ad extremum ea constitutio, quod si semel, aut annum quid in pios usus relictum sit, aut ecclesiis, aut xenonibus, aut ptochiis, aut venerabilibus domibus, aut communi clericorum aut ad captivorum redemtionem, aut ipsis pauperibus, vel captivis, valeat defuncti voluntas.“ Vgl. hiermit *A.* Augustini constit. graecar. collect. Vol. II. p. 226.

den Stiftungen, als juriſtiſchen Perſonen, handelte, ſondern von ſolchen, welche ihrer Natur nach, oder nach ausdrücklicher Anordnung des Teſtirers nur einzelnen Individuen, die aber zur Zeit noch nicht beſtimmt werden können, zu Gute kommen ſollen; aber ohne Zweifel fanden ſich auch hier (wie in manchen anderen Conſtitutionen) beſondere Vorſchriften darüber, wie es gehalten werden ſolle, wenn der Teſtirer für Arme, Kranke, Gefangene u. ſ. w. etwas ausgeſetzt habe, ohne nähere Erklärung über die Art der Ausführung ſeiner Diſpoſition, wobei denn unterſchieden wurde: ob hierauf ſich beziehende Anſtalten an dem Wohnorte des Erblaſſers vorhanden ſeien, oder nicht. Photius aber warf auch dabei wieder Alles durcheinander, und ſprach von Verfügungen zum Beſten der Kirchen u. ſ. w. ſelbſt, deren Giltigkeit doch ſchon ſeit K. Conſtantin nicht dem geringſten Zweifel mehr unterworfen war. Dem ſei wie ihm wolle, ſoviel iſt gewiß, daß Juſtinian letztwillige Diſpoſitionen zum Beſten der Armen und Gefangenen für giltig erklärte, mochte er nun dadurch nur anerkennen, was längſt feſtſtand, oder das hierüber bereits vorhandene Recht erweitern und vervollſtändigen. Dieſe Erweiterung konnte etwa darin beſtehen, daß nicht blos eine teſtamentariſche Anordnung zum Beſten der Armen, Gefangenen u. ſ. w. gelten, ſondern dieſelben auch geradezu als Erben genannt werden dürften. In anderen Geſetzen Juſtinians findet ſich dies ausdrücklich beſtimmt [100]), was indeſſen nichts

100) L. 49. pr. u. §. 1. C. *de epiſc. et cler.* „Si quis — quum desiderat totam suam substantiam pro redemtione captivorum relinquere, eos ipsos captivos scripserit heredes, ne videatur, quasi incertis personis heredibus institutis, judicium suum

dagegen beweist, daß nicht auch die const. de incertis personis dergleichen Bestimmungen enthalten habe, indem Wiederholungen, zumal über Gegenstände, welche den christlichen Kaisern so sehr am Herzen lagen, wie diese, in den neueren Gesetzen ja nichts Seltnes sind.

Was nun den zweiten und dritten Punct (— auf welche Arme u. s. w. bezieht sich die Disposition und wie ist sie auszuführen?) anbetrifft, so wurde in der erwähnten Constitution Leo's, über Anordnungen pro redemtione captivorum [1]), Folgendes bestimmt: Hat der Testirer Jemanden mit der Ausführung seiner Anordnung beauftragt, so fordert dieser das dazu Ausgesetzte von dem Erben und ist zur gewissenhaften Verwendung der erhaltenen Summe nach des Testirers Wunsche verpflichtet. Sonst muß dies vom Bischoff des Orts, wo der Testirer geboren ist, geschehen, und zwar unentgeldlich. Derselbe soll die empfangene Summe zum Protocoll des Provinzialvorstehers anzeigen, und nach Jahresfrist die Anzahl der losgekauften Gefangenen so wie das dafür bezahlte Lösegeld namhaft machen. Ist der Testirer ein Ausländer, oder der Ort seiner Herkunft zweifelhaft, so hat der Bischof des Sterbeorts das Vermächtniß einzufordern und zu erfüllen, und stirbt Jemand auf dem Lan-

oppugnandum reliquisse, sancimus, ejusmodi et talem institutionem pietatis intuitu valere. — Sed et si pauperes quidem scripserit heredes, et non inveniatur certum ptochotrophium, vel certae ecclesiae pauperes, de quibus testator cogitaverit, sed sub incerto vocabulo pauperes fuerint heredes instituti, simili modo et hujusmodi institutionem valere decernimus."

1) L. 18. C. *de episc. et cler.*

de, der Bischof der Stadt, zu deren Sprengel der Sterbeort gehört. — Die L. 19. C. *eod.* (von Justinian) geht auf den Fall, wenn die Armen oder Gefangenen zu Erben eingesetzt sind. Ihr wesentlicher Inhalt ist folgender: Wenn der Testirer die Armen (oder Kranken) eingesetzt hat, und zwar nicht etwa mit Beziehung auf eine bestimmte Armenanstalt oder die Armen einer bestimmten Kirche, so wie, wenn er die Gefangenen einsetzt, so soll in diesem Falle der Bischoff oder Oeconomus des Orts, wo der Verstorbene wohnte, in jenem der Vorsteher des Armen- oder Kranken-Hospitals die Verlassenschaft an sich nehmen (hereditatem suscipiant), und zu dem bestimmten Zwecke verwenden, auch die erbschaftlichen Klagen anstellen und sich auf die wider die Erbschaft gerichteten Klagen einlassen, jedoch die Falcidische Quart nicht abziehen. Sind mehrere Hospitäler oder Armenhäuser an dem Wohnorte des Verstorbenen, so gebührt das Erbrecht dem bedürftigsten; befindet sich aber keine Anstalt dieser Art daselbst, so soll der Bischof oder Oeconomus die Erbschaft annehmen, und sie an die Armen und Hilfsbedürftigen des Orts vertheilen, und zwar ebenfalls ohne Abzug der Falcidischen Quart [2]). Ein Glei-

2) In Beziehung auf die Frage: welche Gefangene loszukaufen seien, wenn sich der Testirer hierüber nicht näher erklärt hat? findet sich nirgends eine deutliche Erklärung. Die oben angeführte Constitution (L. 49. C. *de episc. et cler.*) spricht (im §. 1.) lediglich von dem Falle: wenn der Testator „captivos scripserit heredes civitatis, in qua testator larem fovere ac degere noscitur.“ Sollte damit etwa gemeint seyn, daß eine Einsetzung von Gefangenen nicht anders gelte, als wenn der Testirer seine gefangenen Mitbürger einsetze? Gewiß nicht; denn in anderen Stellen (z. B. in der Nov. 131. c. 11.) werden die

ches gilt auch für den Fall, wenn der Erblasser eine bestimmte Kirche oder milde Stiftung einsetzte, d. h. alsdann ist diese als Erbin unter den obigen Bestimmungen anzusehen. — In der Novelle 131. Cap. 11. findet sich eine wesentliche Wiederholung dieser Vorschrift, mit folgenden Zusätzen: wenn dem eingesetzten Erben ein Vermächtniß für die Armen oder die Auslösung von Gefangenen auferlegt, oder sonst einem Dritten die Verwendung der Erbschaft oder eines Theils derselben für jene Zwecke aufgetragen worden sei, so solle es dabei bleiben, indessen auch in diesem Falle der Ortsbischof oder dessen Oeconomus dafür Sorge tragen, daß Alles nach des Testirers Willen ausgeführt werde, selbst wenn der Erblasser die Einmischung der Bischöfe untersagt haben sollte. Sind sie aber zwei Mal vergeblich von dem Bischof oder dessen Oeconomen zur Erfüllung ihrer Obliegenheit aufgefordert, so verlieren sie Alles ihnen in dem Testamente Zugewandte und der Bischof erhält nunmehr das von dem

ganz allgemein zum Zweck der Befreiung Gefangener angeordneten Verfügungen für gültig erklärt. Es drückt jener Satz also wohl nur den Gedanken aus: wenn der Testirer bestimmt hat, auf welche Gefangene sich seine Disposition beziehen solle, so muß dieser Bestimmung nachgegangen werden. Sonst würde also nach Analogie der Vorschriften über die Dispositionen zum Besten der Armen zu verfahren sein. Denn die Redemtion von Christensclaven gehörte eben sowohl, als die Armenpflege, zur Pflicht der Kirchenvorsteher, welche zu diesem Zwecke nicht nur das Kirchenvermögen verwenden, sondern auch ihren eignen, während ihres geistlichen Standes gemachten Erwerb hergeben mußten; L. 21. C. *de episcop. audient.* Nov. 120. c. 10. Nov. 131. c. 10. Für die nähere Erörterung dieses Gegenstandes fehlt es an genügendem Interesse.

Testirer zu einem frommen Zwecke bestimmte Vermögen unter der Verbindlichkeit, die testamentarische Verfügung zu erfüllen, und im Falle auch dieser saumselig ist, tritt der Metropolit an seine Stelle [3]). In dem darauf folgenden zwölften Capitel aber ist noch geordnet: wenn nach der Erklärung des Erben das zu frommen Zwecken Ausgesetzte nicht hinreiche, so solle der Bischof dasselbe dennoch, soweit es reiche, dafür verwenden, und zwar dürfe alsdann der Erbe auch nicht die Falcidia abziehen [4]).

Es ist nun nach allem Bisherigen klar, daß die Armen und Gefangenen gültig zu Erben eingesetzt werden können, die Kirche aber die Rechte und Verbindlichkeit eines Erben ausüben solle. Indessen das Abzugsrecht der Falcidia soll die Kirche nicht haben. Denn gerade darum (sagt der Kaiser) habe der Testirer die Armen als Erben genannt, damit die Erbschaft ihnen ungeschmälert verbleibe und nicht durch Abzüge gekürzt werde, und dies (giebt er zu verstehen) sei auch der Grund, weshalb das Gesetz dergleichen Einsetzungen gut heisse [5]). Die Befugniß

3) Vgl. Marezoll zu der Lehre von den Legaten ad pias causas, §. 4. (in d. Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß. Bd. V. S. 84 — 87.).

4) Marezoll a. a. O. §. 5. S. 88 — 94.

5) L. 49. C. *de episc. et cler.* „Si quis *ad declinandam legem Falcidiam*, — quam desiderat, totam suam substantiam pro redemtione captivorum relinquere“ u. s. w. (pr.). — „Si enim propter hoc *a speciali herede sororum est* (d. h. die Einsetzung einer individuell bestimmten Person vom Testirer verbieten und vom Gesetzgeber die Einsetzung der incerta persona zugelassen ist) *aut non Falcidiae ratio* inducatur, quomodo ferendum est, hoc, quod in sa-

der Testirer nämlich, den Abzug der Falcidischen Quart zu verbieten, wurde erst durch die Novelle 1. (Cap. 2. §. 2.) eingeführt; daher verfiel man hier auf das Mittel, die Gefangenen und Armen selber einzusetzen [6]). Seitdem der Testirer den Abzug der Quart geradezu verbieten konnte, lag in der Zulassung solcher Erbeinsetzungen keine Begünstigung mehr; man durfte jetzt nur die Kirche oder den Almosenpfleger mit dem modus einsetzen, das Vermögen für Verpflegung der Armen oder Loskaufung der Gefangenen zu verwenden. Indessen kann durch die Zulassung jenes Verbots immer nicht das Recht, die Erbeseinsetzung geradezu auf die Erben zu stellen, für aufgehoben angesehen werden, eben so wenig wie durch das — gewöhnlich angenommene — Privilegium der piae causae, die Leistung der Vermächtnisse ohne den Abzug der Falcidischen Quart fordern zu dürfen [7]). Es ist einmal

crum venerit, per Falcidiam vel alia occasione minui?"

6) Marezoll a. a. O. S. 80.

7) Genau genommen hat dieses angebliche Privilegium nichts für sich, als die Auth. *Similiter* C. *ad Legem Falcidiam.* (VI. 50.), also die Ansicht der Glosse und auch wohl der Praxis; nach der Theorie muß ich diese aber für unrichtig halten. Denn die L. 49. §. 2. 4. 6. 7. C. *de episc. et cler.*, worauf man sich hiefür auch wohl zu berufen pflegt, spricht ja überall nicht von Vermächtnissen zum Besten milder Stiftungen, sondern von Erbeseinsetzung derselben, und bestimmt nur, daß der gleichsam als Erbe substituirte Bischof oder Oeconomus davon keinen Gewinn ziehen, folglich auch die Falcidia nicht abziehen dürfe; sie setzt mithin offenbar voraus, daß die Vermächtnisse ad pias causas regelmäßig diesem Abzug unterworfen seien. S. meine Beurtheilung des Stäbelschen Beer-

gesetzlich entschieden, daß die Einsetzung der Armen für

bungsfalls S. 285. Note 209., und Marezoll a. a. O. S. 80. Aber auch die Nov. 131. Cap. 12., worauf die genannte Authentike sich stützt, beweist nach meinem Dafürhalten eher wider als für das Daseyn eines solchen Privilegiums. Denn, wenn man auch zugiebt, daß die Novelle den Verlust der Quarta nicht eigentlich als Strafe für den Erben anordne, welcher unter dem Vorwande, daß die Erbschaft zu den Vermächtnissen an die pia causa nicht hinreiche, die Erfüllung verzögert (s. hierüber Marezoll a. a. O. S. 88—90.), so ist doch ausser Zweifel der Zusammenhang der gesetzlichen Vorschrift folgender: wenn der Testirer nicht etwa die Stiftung einsetzt, sondern einen Dritten, mit der Bestimmung, daß die Erbschaft oder ein Vermächtniß zu milden Zwecken verwandt werden solle, der Erbe aber verweigert die Ausführung des letzten Willens, indem er behauptet (gleichviel, ob aus Ueberzeugung oder nicht), es reiche das Hinterlassene zu dem bestimmten Zwecke nicht hin, so soll der Bischof u. s. w. diesen Zweck ausführen, der Erbe aber das Recht verlieren, die Falcidia abzuziehen. Jedenfalls ist ja dadurch die Regel, daß auch von den Vermächtnissen zu frommen Zwecken die Falcidia zu kürzen sei, ebenfalls wieder anerkannt, indem der Verlust von der Voraussetzung abhängig gemacht wird, daß der Erbe die Erfüllung weigert; mir deucht, es folge ganz von selbst hieraus: weigert er sich nicht, so verbleibt ihm das gesetzliche Abzugsrecht. Indessen auch der neueste Schriftsteller über diese Frage vertheidigt die gemeine Meinung, wenngleich zugegeben wird, daß die buchstäbliche Auslegung des Gesetzes auf ein anderes Resultat führe; Marezoll a. a. O. S. 94 fgg. Ein bloßes Argumentum aber aus dem s. g. Geiste der Novelle (Marezoll S. 96.) ist schwerlich für genügend zu halten, um, sogar gegen den Wortverstand, das Daseyn einer Singularität anzunehmen. Ein genaueres Eingehen in diese Frage würde hier nicht am Orte seyn.

giltig zu halten sei, und dabei muß es auch bleiben. Wer ist nun hier aber der eigentliche Erbe? Kann man sagen: die Armenanstalt oder die Kirche ist eigentlicher Erbe, muß aber das Vermögen der Bestimmung des Testirers gemäß verwenden? oder ist dieselbe nicht vielmehr blos für die Erbenpräsentantin der Armen zu halten? Sieht man auf die Erklärung des Gesetzgebers: es sei dieser Ausweg gewählt, damit das Vermögen ohne allen Abzug der Bestimmung des Testaments gemäß verwendet werde, so ist es gewiß consequenter, für die eigentlichen Erben diejenigen zu erklären, welche als solche genannt sind, die Kirche u. s. w. aber nur für die Repräsentantin des Erben [8].

Aber auch die heutige Anwendbarkeit dieses Rechts ist (wenigstens in Ansehung der Erbeseinsetzungen zum Besten der Armen) keinem Bedenken unterworfen; und selbst der Anwendung dessen, was über die Einmischung der Kirchen bestimmt ist, steht nichts im Wege. Denn wenn auch den Kirchen und ihren Vorstehern nicht gerade die Pflicht mehr obliegt, für Unterstützung und Verpflegung der Armen zu sorgen und sogar das Kirchengut dafür zu verwenden, so ist doch auch der gegenwärtigen Zeit die Ansicht gewiß nicht fremd, daß die Almosenspenden mit der Kirche und deren Zwecken sehr nahe zusammenhängen, wie die zahlreichen Wohlthaten, welche man durch die Hände der Prediger den Armen zufließen läßt, dies wohl zur Genüge beweisen. Würde Jemand sein Vermögen den

8) Das Gegentheil nimmt an Northoff a. a. O. S. 45. 46. — Für ganz gleichgiltig darf dies übrigens nicht gehalten werden, wie aus der weiter unten folgenden Ausführung über das Ausschlagungsrecht einer solchen Erbschaft sich ergeben wird.

Armen durch Teſtament mit der ausdrücklichen Beſtimmung zuwenden, daß die Geiſtlichen eines Orts, oder einer beſtimmten Gemeinde den Willen des Teſtirers ausführen ſollten, ſo dürfte wohl nicht leicht ein Zweifel über die Giltigkeit einer ſolchen Verfügung entſtehen. Warum ſollte denn nicht auch ohne eine ausdrückliche Anordnung des Teſtirers der Wille deſſelben ſo ausgeführt werden, wie das Geſetz es beſtimmt hat? — Wo ſich übrigens förmlich eingerichtete und von der Kirche getrennte Armenanſtalten finden, (wie das wohl regelmäßig der Fall iſt) da gehen dieſe ſchon nach der buchſtäblichen Beſtimmung des Röm. Rechts den Kirchen vor. — Wenn nun alſo der Teſtirer ohne nähere Beſtimmung die Armen einſetzt, ſo muß die Armenanſtalt ſeines Wohnorts die Erbſchaft annehmen und für die Armen verwenden, befinden ſich hier aber mehrere öffentliche Anſtalten dieſer Art, und es ergiebt ſich weder aus dem Teſtamente noch aus anderen Umſtänden, auf welche derſelben die Diſpoſition zu beziehen ſei, ſo fällt die Erbſchaft an die bedürftigſte[9]), bei gleichen Verhältniſſen aber würde ſie unter ſämmtliche Anſtalten des Orts zu vertheilen ſeyn.

Was die Art der Verwendung anbelangt, ſo ſpricht das Röm. Recht von einem Vertheilen des Vermögens

9) L. 49. §. 5. C. *de episc. et cler.* (— „tunc in xenoni vel ptochotrophio, qui pauperior esse dignoscitur, easdem res vel pecunias assignari censemus, hoc videlicet disentiendo a vivo reverendissime locorum antistite et sub eo constitutis clericis“). — *Sam.* Stryk cautel. testamentor. Cap. XVI. §. 21. — Meine Beurtheil. des Städelſchen Beerbungsfalls S. 188.

unter die Armen oder die Kranken [10]). Möglich ist es, daß dies buchstäblich gemeint war, und daß man dabei von der Vorstellung ausgieng: es verhalte sich mit der Einsetzung der Armen oder Kranken eben so, wie mit der Einsetzung aller einzelnen Mitglieder einer Corporation; ja es würde dieser Absicht sogar eine gewisse Consequenz zu Grunde liegen, indem der Complex sämmtlicher Armen oder Kranken eines Orts als juristische Person überall nicht gedacht werden kann, die testamentarische Berücksichtigung der beim Ableben des Testirers vorhandenen einzelnen Armen u. s. w. aber auf gleicher Linie steht mit einer Verfügung zum Besten der alsdann vorhandenen einzelnen Mitglieder eines Collegium. Auch scheint dafür zu sprechen, daß (unserer obigen Ausführung zufolge) die constitutio de incertis personis es nur mit der Frage zu thun hatte: ob eine Einsetzung giltig sei, deren eigentliches Subject sich bei der Testamentshandlung noch gar nicht bestimmen läßt? — Indessen würde eine wirkliche Vertheilung des Nachlasses unter die Armen u. s. w. in den meisten Fällen höchst zweckwidrig, und schwerlich auch der Willensmeinung des Testirers gemäß seyn. Ueberdies läßt sich das distribuere sehr füglich ganz allgemein von einer Verwendung für die Armen und Kranken verstehen, und mehr noch spricht dafür die Aeußerung: „ut — — in aegrotantes consumantur“ [11]). Man darf daher unbedenklich sagen: sind die Armen eingesetzt, so fällt die Erbschaft an die Armenanstalt, um dieselbe auf eine den Grundsätzen des Instituts angemessene Weise zu verwenden.

10) L. 49. §. 3. u. 6. C. *de episc. et cler.* Nov. 131. c. 11.

11) L. 49. §. 4. C. *de episc. et cler.*

Kann alſo aber die Anſtalt die Annahme des zum Beſten der Armen u. ſ. w. beſtimmten Nachlaſſes oder Vermächtniſſes ausſchlagen? Gehen wir von der richtigen Anſicht aus, daß nicht die Anſtalt oder die Kirche, ſondern die Armen ſelbſt als die eingeſetzten Erben zu betrachten ſeien, ſo müſſen wir dies ſchlechthin verneinen. Zwar hängt die Annahme oder Ausſchlagung auch dann nicht von der Willkühr der Anſtalt ab, wenn dieſe ſelbſt als juriſtiſche Perſon [12]), honorirt iſt; denn das Römiſche und Canoniſche Recht ſtellen dergleichen Inſtitute unter die Oberaufſicht der Kirchen [13]), und jetzt werden ſie meiſtens den Regierungsbehörden des Landes oder Staats unterworfen ſeyn, ſo daß mithin die Vorſteher derſelben eben ſo wenig über Annahme und Ausſchlagung von Schenkungen, Erbſchaften oder Vermächtniſſen willkührlich beſchlieſſen, als Veräuſſerungen oder Veränderungen vornehmen dürfen. Allein daß unter Zuſtimmung der Vorgeſetzten eine Ausſchlagung erfolgen könne, ohne daß diejenigen, welchen die Anſtalt zu Gute kommt (die Armen, Kranken u. ſ. w.) ein Widerſpruchsrecht haben, iſt wohl noch niemals bezweifelt worden. Anders in unſerem Falle. Der Teſtirer hat die Ortsarmen eingeſetzt; dieſe werden von der Armenanſtalt des Orts oder der Kirche

12) Hätte ſie keine juriſtiſche Perſönlichkeit (wie dies wohl für die in manchen Städten beſtehenden Armenvereine angenommen werden kann), ſo würde auch die Einſetzung der Anſtalt als Einſetzung der Armen zu behandeln ſeyn.

13) L. 35. L. 46. L. 49. C. *de episc. et cler.* Nov. 131. Cap. 10 fgg. Tit. *decretal.* (III. 36.) et Clem. (III. 11.) *de religiosis domibus, ut episcopis sint subjectae.*

Kirche vertreten, allein ihnen willkührlich die Erbschaft zu entziehen, hat Niemand ein Recht. Eine Schwierigkeit für die Anwendung zeigt sich allerdings darin, daß das eigentliche Rechtssubject sich überall nicht individualisiren läßt, weder als corpus (als juristische Person), noch als Einzelwesen; die Armen u. s. w. würden hier weder als universitas personarum ihre Rechte geltend machen, noch würde jeder Einzelne für sich als honorirtes Subject auftreten können. Allein Schwierigkeiten für die Anwendung werden sich bei anomalen Rechtsbegriffen stets finden, und es ist wohl eine der größten Anomalien, daß ein Complex von Subjecten, welche doch weder als juristische Person noch als Individuen zu betrachten sind, eingesetzt werden können, und zugleich, daß ein Anderer als der eingesetzte Erbe, die Rechte und Verbindlichkeiten eines Erben ausübt. Dies ändert aber an sich nichts an der Natur und dem Wesen des Rechts selbst. Auch hat schon das Röm. Recht Rücksicht auf den Fall genommen, wenn der mit Ausführung der letztwilligen Verfügung Beauftragte, oder auch der Ortsbischof die Erfüllung unterläßt: hier soll der Metropolitan für ihn eintreten, ja jeder Andere sich einmischen und eine Erörterung der Sache veranlassen dürfen, damit der löbliche Zweck des Testirers erreicht werde[14]). Auch dies leidet heut zu Tage eine fast buchstäbliche Anwendung: verweigert die Anstalt oder der Ortsgeistliche die Annahme der Erbschaft und deren Verwendung zu dem bestimmten Zwecke, so tritt die vorgesetzte Behörde ins Mittel, und wäre auch diese lässig, so ist es allgemeine Volks- und Bürger-Sache, durch erlaubte Mittel (durch eine Anzeige bei der obersten Staatsbe-

14) Nov. 131. Cap. 11. in f.

de, der Bischof der Stadt, zu deren Sprengel der Verstorbene gehört. — Die L. 19. C. *eod.* (von Justinian) geht auf den Fall, wenn die Armen oder Gefangenen zu Erben eingesetzt sind. Ihr wesentlicher Inhalt ist folgender: Wenn der Testirer die Armen (oder Kranken) eingesetzt hat, und zwar nicht etwa mit Beziehung auf eine bestimmte Armenanstalt oder die Armen einer bestimmten Kirche, so wie, wenn er die Gefangenen einsetzt, so soll in diesem Falle der Bischoff oder Oeconomus des Orts, wo der Verstorbene wohnte, in jenem der Vorsteher des Armen- oder Kranken-Hospitals die Verlassenschaft an sich nehmen (hereditatem suscipiant), und zu dem bestimmten Zwecke verwenden, auch die erbschaftlichen Klagen anstellen und sich auf die wider die Erbschaft gerichteten Klagen einlassen, jedoch die Falcidische Quart nicht abziehen. Sind mehrere Hospitäler oder Armenhäuser an dem Wohnorte des Verstorbenen, so gebührt das Erbrecht dem bedürftigsten; befindet sich aber keine Anstalt dieser Art daselbst, so soll der Bischof oder Oeconomus die Erbschaft annehmen, und sie an die Armen und Hilfsbedürftigen des Orts vertheilen, und zwar ebenfalls ohne Abzug der Falcidischen Quart [2]). Ein Glei-

2) In Beziehung auf die Frage: welche Gefangene loszukaufen seien, wenn sich der Testirer hierüber nicht näher erklärt hat? findet sich nirgends eine deutliche Erklärung. Die oben angeführte Constitution (L. 49. C. *de episc. et cler.*) spricht (im §. 1.) lediglich von dem Falle: wenn der Testator „captivos scripserit heredes civitatis, in qua testator larem fovere ac degere noscitur.“ Sollte damit etwa gemeint seyn, daß eine Einsetzung von Gefangenen nicht anders gelte, als wenn der Testirer seine gefangenen Mitbürger einsetze? Gewiß nicht; denn in anderen Stellen (z. B. in der Nov. 131. c. 11.) werden die

Wenden wir uns jetzt zu der noch ausgesetzten Erörterung über testamentarische Dispositionen zum Besten einer noch nicht bestehenden Kirche, oder einer sonstigen frommen Stiftung. — Sehr häufig wird behauptet, daß eine pia causa unmittelbar durch Testament gestiftet werden könne. Ehe wir zu einer genaueren Erörterung dieser Frage und der damit zusammenhängenden Puncte übergehen, wird es nöthig seyn, den Inhalt der Stellen des Röm. Rechts zu betrachten, welche zunächst hieher gehören. Vor Allem hat man sich auf die L. 46. (nach Anderen L. 45.) C. *de episc. et cler.* berufen; sie soll die klare Anordnung enthalten, daß die Stiftung einer pia causa unmittelbar durch Erbeinsetzung oder Vermächtnißbestimmung möglich sei[18]). Diese Stelle gehört zu den, besonders aus der collect. 25. cap. [19]) wiederhergestellten, kann folglich auf unmittel-

Kirche einsetzt, so wird nach der Analogie der Vorschriften des Röm. Rechts unbeschadet jener Lehren angenommen werden können, daß die kirchliche Gemeinde, zu welcher er sich bekannte, für eingesetzt zu halten sei.

18) Diese Ansicht wird besonders sehr entschieden in der für die Gültigkeit des Städelschen Testaments erschienenen Schriften ausgesprochen; so von K. S. Zachariä, über den das Städelsche Kunstinstitut zu Frankfurt betreffenden Rechtsstreit. (Aus den Heidelberger Jahrbüchern der Literatur besonders abgedruckt. Heidelb. 1827.) S. 20. C. A. v. Droste Rechtfertigung des von der Bremer Juristen-Facultät in der Sache des Städelschen Kunstinstituts zu Frankf. a. M. erlassenen Urtheils (Bonn 1827.) S. 38., u. a. weiter unten zu nennenden Schriftstellern.

19) Nr. 46. Hierüber, so wie über andere neugriechische Quellen, welche die Constitution im Auszuge mittheilen, siehe Witte die leges restitutae S. 109. (vergl. ebendas.

bare praktische Bedeutung keinen Anspruch machen. Indessen wollen wir hiervon ganz absehen, und die Quellen, woraus die Wiederherſteller ſchöpften als unmittelbar geltendes Recht anſehen. Nach der von Biener aus Bandini mitgetheilten Rubrik[19]) handelte die Stelle von einem Auftrage an die Erben, eine Anſtalt dieſer Art zu errichten, und dieſem entſpricht auch der Inhalt, welcher im Weſentlichen dahin geht: Wenn Jemand eine Verfügung zu frommen Zwecken trifft[21]), ſei es durch Erbesernennung, oder durch Anordnung eines Vermächtniſſes, oder einer mortis causa donatio, ſo ſollen ſeine Erben erfüllen, was ihnen aufgetragen iſt, weigern ſie ſich aber, ſo ſorgt der Ortsbiſchof dafür, daß die Abſicht des Teſtirers erfüllt werde. Geht die Verfügung dahin, daß eine Kirche erbauet werde, ſo muß dies innerhalb dreier Jahre geſchehen, ſoll ein Hoſpital errichtet werden, innerhalb eines Jahres; bis dahin kann zur einſtweiligen Unterbringung der Kranken ein Gebäude gemiethet werden. Iſt die Diſpoſition auf andere Verwendungen zu milden Zwecken gerichtet, ſo muß die Erfüllung ſofort nach Eröffnung des Teſtaments und Uebernahme der Erbſchaft erfolgen. Wenn dieſe Zeitpuncte abgelaufen ſind, ohne daß die Beauftragten thun, was

S. 201.), und Biener in der Zeitſchr. für geſch. Rechtswiſſ. Bd. VII. S. 259 fg.

20) Biener Geſch. der Novellen Juſtinians S. 598. Nr. VIII.

21) Die buchſtäbliche Ueberſetzung lautet ſo: „si quis — — piam fecerit dispositionem," was aber im Zuſammenhange mit dem Folgenden nur heißt: wenn Jemand eine fromme Anordnung in der weiter unten beſtimmten Art trifft, nicht (wie z. B. Zachariä a. a. O. überſetzt): „wenn ein Erblaſſer eine milde Stiftung macht."

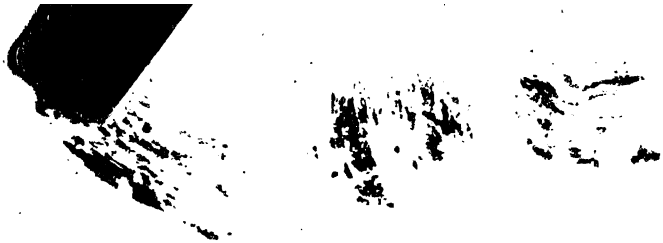
ihnen obliegt, und kein Vorsteher einer solchen Anstalt vorhanden ist, welcher das Benöthigte anordnen könnte, so geschieht dies von den Bischöfen; diese sollen den Bau der Kirche, oder die Errichtung der Armen-, Kranken- oder Waisenhäuser besorgen, genug Alles das bewerkstelligen, worauf der Wille des Testirers gerichtet ist. Sie sollen Vorsteher für die Verwaltung der Stiftung anordnen, die Erben selbst aber sich gar nicht weiter einmischen dürfen. Uebrigens können aber auch die Provinzialvorsteher die Erben zur Erfüllung des ihnen gewordenen Auftrags anhalten, und wenn der Erblasser selbst Vorsteher für seine Stiftung ernannt hätte, so muß auch hierin seinem Willen nachgekommen werden; die Bischöfe sollen in diesem Falle nicht selbst administriren, sondern nur die Aufsicht über die Verwaltung führen und die nachlässigen und treulosen Administratoren entfernen. Nur also, wenn der Erblasser keine Vorsteher ernannt hätte und auch der Erbe nachlässig wäre, sollen die Bischöfe sich zunächst der Verwaltung unterziehen und zu diesem Behufe, wie oben erwähnt, Vorsteher für die Anstalt anordnen. Der nachlässige Erbe hat von der Zeit an, wo der Erblasser mit Tode abgegangen ist, die Früchte, Zinsen und alle Accessionen zu ersetzen, Alles aber, was vom Erben gesagt ist, gilt auch von dem Falle, wenn die Stiftung einem Vermächtnißnehmer aufgetragen wurde. Sind auch die Bischöfe nachlässig, so liegt dem Metropolitan oder dem Erzbischof die Erfüllung ob, ja jeder Bürger kann sich einmischen und die Realisirung der wohlthätigen Absicht des Testirers zu bewirken suchen [82]). — Aehnliche Vorschriften

82) Es folgt darauf noch eine Reihe anderer Bestimmungen (z. B. in der nach den Ausgaben als §. 7. bezeichneten

finden sich in der Novelle 131. Cap. 10 — 12., nur mit einigen hier nicht wesentlichen Nebenbestimmungen, wohin namentlich die gehört, daß die Errichtung eines Bethauses innerhalb 5 Jahre geschehen solle.

Es ist nunmehr genauer zu untersuchen: einmal, inwieferne gestatten die Gesetze eine Stiftung von piae causae durch letztwillige Verfügungen? Zweitens sind die gesetzlichen Bestimmungen auf alle und jede Anstalten anzuwenden, welche die Neueren unter den Begriff von pia causa oder pium corpus zu bringen pflegen? — Zum Beschlusse soll alsdann eine rechtliche Würdigung der beiden in neueren Zeiten so bekannt gewordenen Testamente, des Städelschen in Frankfurt am Main, und des Blumschen in Hildesheim erfolgen.

Stelle: daß diejenigen, welche sich vergeblich zur Erfüllung auffordern lassen, das Doppelte entrichten sollen; Marezoll in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß. Bd. V. S. 80.), und zum Theil wird darauf unten noch nähere Rücksicht zu nehmen seyn. Indessen hieher gehört nur das im Texte Angeführte.

Zusätze und Berichtigungen.

S. 155. Z. 7. st. geboren l. concipirt. Ebendas. Z. 17. st. er l. es.
S. 202. ist die Anmerk. der Note 98. wegl. zu verweisen auf Bd. 36. d. Comment. S. 214.
S. 256 fg. ueber die hier erklärte Stelle von Gellius vgl. auch Bd. 35. d. Comment. S. 70 fg.